Die Entwicklung des Kampfes um ein gerechtes Recht seit der Jahrhundertwende und der gegenwärtige Stand der Freirechtsbewegung

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Kgl. Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg zur Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde vorgelegt

von

Hans Henningsen
Referendar in Altona

ALTONA 1912
Buchdruckerei Sophus G. Carstens

Die Entwicklung des Kampfes um ein gerechtes Recht seit der Jahrhundertwende und der gegenwärtige Stand der Freirechtsbewegung

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Kgl. Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg zur Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde vorgelegt

ACAD. LUDIBAT. BIBL.

von

Hans Henningsen
Referendar in Altona

ALTONA 1912
Buchdruckerei Sophus G. Carstens

Meinen Eltern

Referent: Professor Dr. Chr. Meurer

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549801_0126

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.

§ 1. Die Unzufriedenheit mit dem Recht.
§ 2. Die Philosophie als Grundlage einer Neubelebung des Rechts.

Kapitel 1.

Der Neukantianismus.

§ 3. Die naturrechtliche und die historische Schule.
§ 4. Die Wiederbelebung des Naturrechts durch Stammler.
§ 5. Das Endziel des Neukantianismus. Die Erkenntnis des Rechts.
§ 6. Die Berechtigung des Rechtszwanges.
§ 7. Der richtige Inhalt eines Rechts. Die Grundsätze des richtigen Rechts.
§ 8. Graf Dohnas Maßstab für die Richtigkeit der einzelnen Handlungen.

Kapitel 2.

Der Neuhegelianismus.

§ 9. Die Wiederbelebung der Rechtsphilosophie durch Hegel.
§ 10. Die Idee der Persönlichkeit und der sittlichen Welt.
§ 11. Die Weltauffassung Hegels.
§ 12. Die Kohlersche Kulturentwickelung.
§ 13. Kohlers Stellung zur Methaphysik und zu der Individualitätsidee.
§ 14. Universal-Rechtsgeschichte und -Rechtspolitik als Hilfsmittel der Rechtsphilosophie.
§ 15. Berolzheimer als Nachfolger Kohlers.
§ 16. Die Vermittelungstheorie: v. Liszt, Makarewicz.
§ 17. Die Neubelebung der übrigen rechtsphilosophischen Systeme.

Kapitel 3.

Die Freirechtsbewegung.

§ 18. Das Vorspiel des Kampfes um ein gerechtes Recht.
§ 19. Fuchs negative Kritik.

§ 20. Stampes Reformidee.
§ 21. Kantorowicz philosophische Grundlage einer praktischen Reform. Seine Kritik Stammlers.
§ 22. Der Übergang zu den gemäßigten Reformideen. Jungs „positives Recht". Rumpfs „Gesetz und Richter." Schmölders „Billigkeit".
§ 23. Danz und das Gewohnheitsrecht.
§ 24. Der enzyklopädische Wert der Reformidee Stier-Somlos. Der Aufruf von Jena.

Literaturnachweis und Zitiermethode

Berolzheimer:

a. System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. 5 Bände, München 1904/1907.
= Berolzheimer: System.

b. Hegel und Kant in der modernen Rechtsphilosophie, in der Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrgang 1907.
= Berolzheimer: Hegel und Kant in D. J. Z. 1907.

c. Die deutsche Rechtsphilosophie im zwanzigsten Jahrhundert (1900—1906), im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, herausgegeben von Kohler und Berolzheimer, Berlin und Leipzig, Band 1, Heft 1, S. 130—148.
= Berolzheimer: Deutsche Rechtsphilosophie.

Brie:

Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule, im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Band 2, Heft 1 und 2.
= Brie.

Börngen:

Um das Recht der Gegenwart, in der Deutschen Juristen-Zeitung, Jahrgang 1911.
= Börngen in D. J. Z. 1911.

Brodmann:

Vom Wesen und Begriff des Rechts. Kurzer Abriß der rechten Art, darüber nachzudenken. In Iherings Jahrbüchern 55 (1909) S. 277—412.
= Brodmann.

Brütt:

Die Kunst der Rechtsanwendung. Berlin 1907.
= Brütt.

v. Bülow:

Die Rechtsprechung in Strafsachen und das allgemeine Rechtsbewußtsein, in der Deutschen Juristen-Zeitung, Jahrgang 1906.

= v. Bülow in D. J. Z. 1906.

Cruet:

La vie du droit et la puissance des lois. Paris 1908.

= Cruet.

Dahn:

Die Vernunft im Recht. 1879.

= Dahn.

Danz.

a. Laienverstand und Rechtsprechung. (§§ 157, 242 B. G. B.), in Iherings Jahrbüchern, Band 38 (2. Folge), Sonderabdruck, Jena, 1898.

= Danz: Sonderabdruck.

b. Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage. 1897. II. Auflage, Jena 1906.

= Danz: Auslegung.

c. Rechtsprechung nach der Volksanschauung und dem Gesetz. Ein Beitrag zur Lehre vom Gewohnheitsrecht, in Iherings Jahrbüchern, Band 54 (2. Folge), Jena 1909.

= Danz: Rechtsprechung.

d. Rückständigkeit der Rechtswissenschaft. Richterrecht und Gesetzesrecht. Neue Rechtsprechung, in der Deutschen Juristen-Zeitung, Jahrgang 1911, S. 565 ff.

= Danz in D. J. Z. 1911.

Graf Dohna:

Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Strafrechtslehre. Halle 1905.

= Dohna.

Düringer:

a. Richter und Rechtsprechung. Leipzig 1909.

= Düringer.

b. Zum Kapitel: Freie Rechtsfindung, Gewohnheitsrecht und Verkehrssitte, in der deutschen Richterzeitung, 1. Jahrgang (1909) Nr. 10, S. 271—275.

= Düringer: Freie Rechtsfindung.

Eleutheropulos:

Rechtsphilosophie, Soziologie und Politik. 2 Abhandlungen. Innsbruck 1908.

= Eleutheropulos.

Fuchs:

a. Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz. Karlsruhe 1909.

= Fuchs: Gemeinschädlichkeit.

b. Die soziologische Rechtslehre, in der Deutschen Juristen-Zeitung, Jahrgang 1910, S. 283 ff.
= Fuchs: Rechtslehre.

Gareis:
Vom Begriff Gerechtigkeit. Giessen 1907.
= Gareis.

Guaeus Flavius: (Kantorowicz)
Der Kampf um die Rechtswissenschaft. Heidelberg 1906.
= Guaeus Flavius.

Grabowsky:
Recht und Staat. Ein Versuch zur Allgemeinen Rechts- und Staatslehre. Berlin und Leipzig 1908.
= Grabowsky.

Hedemann:
Zivilistische Rundschau 1908—1909, im Archiv für Bürgerliches Recht, Band 34, Heft 1, S. 115—131.
= Hedemann.

ten Hompel:
Über den Ursprung, die Entwickelung und Abgrenzung des Rechts. 2 Vorträge. Münster 1909.
= ten Hompel.

Jung:
a. Von der „logischen Geschlossenheit" des Rechts. In der Festgabe der Giessener Juristenfukultät für Dernburg. Berlin 1900, S. 131—157.
= Jung: Festgabe.
b. Positives Recht. Ein Beitrag zur Theorie von Rechtsquelle und Auslegung. Giessen 1907.
= Jung: Positives Recht.

Kantorowicz:
Zur Lehre vom richtigen Recht. Im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. II. Band 1908, Heft 1, S. 42—74.
= Kantorowicz.

Kohler:
a. Technik der Gesetzgebung. Im Archiv für die Zivilistische Praxis. 96. Band, 1905.
= Kohler Technik.
b. Moderne Rechtsprobleme. Leipzig 1907.
= Kohler: Probleme.
c. Wesen und Ziele der Rechtsphilosophie. Im Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie. Band 1, Heft 1, S. 3—15.
= Kohler: Wesen und Ziele.
d. Kohler: Lehrbuch der Rechtsphilosophie. Berlin 1909.
= Kohler: Lehrbuch.

Kuhlenbeck:

Zur Psychologie des Rechtsgefühls. Im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Band 1, Heft 1, S. 16—25.
= Kuhlenbeck.

Laband:

Die Fortschritte des Rechts 1896—1905. In der Deutschen Juristenzeitung, Jahrgang 1906.
= Laband in D. J. Z. 1906.

Lask:

Rechtsphilosophie. In W. Windelband: Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts. Festschrift für Kuno Fischer. 2 Bände. Heidelberg 1905.
= Lask.

Lazarsfeld:

Das Problem der Jurisprudenz. Wien 1908.
= Lazarsfeld.

v. Liszt:

Das richtige Recht in der Strafgesetzgebung. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Band XXVI und XXVII.
= v. Liszt.

Loening:

Über Wurzel und Wesen des Rechts. Jena 1907.
= Loening.

Makarewicz:

a. Einführung in die Philosophie des Strafrechts auf entwickelungsgeschichtlicher Grundlage. Stuttgart 1906.
= Makarewicz: Einführung.

b. Juristische Abhandlungen I. Wien 1907.
= Makarewicz: Abhandlungen.

M. E. Mayer:

Rechtsnormen und Kulturnormen. Breslau 1903.
= Mayer.

Neubauer:

Das Rechtsbewußtsein. Eine psychologische Studie. In den Juristischen Blättern, Wien, XXXVII. Jahrgang, Heft 32—34.
= Neubauer.

Niemeyer:

Recht und Politik. In der Deutschen Juristen-Zeitung. Jahrgang 1911.
= Niemeyer in D. J. Z. 1911.

v. Petrażycki:

Über die Motive des Handelns und über das Wesen der Moral und des Rechts. Aus dem Russischen von Balson. Berlin 1907.
= v. Petrażycki.

Radbruch:
Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung. Im Archiv für Sozialwissenschaft, herausgegeben von Sombart usw. Tübingen, Band XXII, S. 355 ff.
= Radbruch.

G. Rümelin:
Reden und Aufsätze. 2 Bände. Tübingen 1875 und 1881.
= Rümelin.

Rumpf:
Gesetz und Richter. Berlin 1906.
= Rumpf.

Rundstein:
Freie Rechtsfindung und Differenzierung des Rechtsbewußtseins. Im Archiv für Bürgerliches Recht. Band 34, Heft 1. Berlin 1909.
= Rundstein.

Schloßmann:
Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Gesetzesauslegung. Jena 1903.
= Schloßmann.

Schmölder:
Die Billigkeit als Grundlage des bürgerlichen Rechts. Ein Beitrag zur Berichtigung der amtlichen Rechtsauffassung. Hamm 1907.
= Schmölder.

Sokolowski:
Die Philosophie im Privatrecht. 2 Bände. Halle 1902/1907.
= Sokolowski.

Stammler:
a. Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine sozialphilosophische Untersuchung. 2. Auflage. Leipzig 1906.
= Wirtschaft und Recht.
b. Die Lehre vom richtigen Recht. Berlin 1902.
= Richtiges Recht.
c. Die Gesetzmäßigkeit in Rechtsordnung und Volkswirtschaft. Im Jahrbuch der Gehe-Stiftung, Dresden 1902.
= Gesetzmäßigkeit.
d. Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft. Die Zukunftsaufgaben des Rechts und der Rechtswissenschaft. Beide in: Die Kultur der Gegenwart. Teil II, Band 8, Leipzig 1906, I—LX, S. 495—508.
= Kultur der Gegenwart.
e. Theorie der Rechtswissenschaft. Halle a. S. 1911.
= Theorie.

Stampe:

Unsere Rechts- und Begriffsbildung. Greifswald 1907.
= Stampe.

Th. Stemberg:

Allgemeine Rechtslehre. Leipzig 1904.
= Th. Stemberg.

Stier-Somlo:

Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung. Sonderabdruck aus der Laband-Festgabe, II. Band. Tübingen 1908. S. 445—514.
= Stier-Somlo.

Unger:

Guaeus Flavius. In der Deutschen Juristen-Zeitung, Jahrgang 1906.
= Unger in D. J. Z. 1906.

Windscheid:

Die Aufgaben der Rechtswissenschaft. In Oertmann: Windscheids gesammelte Reden usw. Leipzig 1904.
= Windscheid.

Zitelmann:

Lücken im Recht. Rektoratsrede vom 18. Oktober 1902. Leipzig 1903.
= Zitelmann.

Einleitung.

§ 1.

Die Unzufriedenheit mit dem Recht.

„Die höchsten Ziele der Menschheit werden nur durch freien Aufschwung der Kräfte erreicht, aber dieser Aufschwung wäre nicht möglich ohne das Recht; das Recht ist es, welches den Boden bereitet für alle menschliche Kultur [1])." Ein freier Aufschwung der Kräfte setzt an allen Ecken und Enden ein. Kein anderes Dezennium hat so das Bewußtsein der Rechts- und Kulturgemeinschaft, die Überzeugung von der Übereinstimmung der wichtigsten Lebensinteressen der Völker und damit die Erkenntnis der Notwendigkeit einer ungehemmten Entwickelung des internationalen Verkehrs gefördert als das verflossene Jahrzehnt des neuen Jahrhunderts. Die Verwirklichung der kosmopolitischen Idee, die Goethe preist, hat in der Tat einen bedeutenden Schritt vorwärts gemacht. Nach der Ansicht des berühmten Pandektisten hätte an diesem bedeutenden Aufschwung aller Kräfte nun das Recht grundlegenden Anteil.

Eigenartigerweise ist man aber auch gerade in diesem Jahrzehnt durchaus nicht mit dem Recht, weder mit der Gesetzgebung noch mit der Gesetzesanwendung, zufrieden. Wenn auch zu allen Zeiten Stimmen laut geworden sind, die an dem Recht und den rechtsprechenden Organen Ausstellungen zu machen hatten, so ist nicht zu verkennen, daß das Rufen nach einem gerechten, einem richtigen Recht, das mit dem Rechtsgefühl in Einklang steht und dem Rechtsbewußtsein des Volkes entspricht, geradezu zu einem Orkan angeschwollen ist. Solange diese Forderungen nur dem Kreise der Nichtjuristen ent-

[1]) Windscheid S. 102.

sprangen, konnte man über den Unverstand der Laien, die die schwierige Materie des Rechts eben nicht zu übersehen und zu begreifen vermochten, zur Tagesordnung übergehen. Sobald aber aus dem Lager der Juristen selbst Zweifel hörbar wurden, ob mit der alten Methode der Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung tatsächlich ein gerechtes Recht erzeugt und gesprochen würde, bedurfte es nur einer geringen Anregung, um sofort eingehende Untersuchungen und lebhafte Diskussionen hervorzurufen.

Und wenn die Tagespresse naturgemäß stets in erster Linie die Strafrechtspflege angegriffen hatte, so war man sich auch zunächst in Berufskreisen darüber einig, daß die Strafjustiz unpopulär und mit Recht unpopulär geworden sei. Zwar entspricht es nicht dem Rahmen dieser Arbeit, die mannigfachen Gründe, die dabei eine Rolle spielen, zu erörtern; aber nur soviel sei erwähnt, daß die Juristen bald eine Hauptwurzel des Übels in der Art der Gesetzesbildung fanden. Die Kriminalistik konstatiert eine Zunahme der Delinquenten. Um aber diese Erscheinung richtig würdigen zu können, muß auch auf die Zahl der Delikte hingewiesen werden, welche die Gesetzgebung jedes Jahr neu schafft. „Durch Strafvorschriften, welche nicht in dem Rechtsbewußtsein und dem ethischen Gefühl des Volkes wurzeln, werden Fallstricke gelegt, in denen auch der Rechtschaffene straucheln kann, und durch ihre praktische Anwendung wird die Rechtsprechung in dem öffentlichen Ansehen herabgesetzt. Wenn man früher glaubte, daß die Mitwirkung der Volksvertretung an der Gesetzgebung einen wirksamen Schutz gegen solche Gesetze gewähre, so ist diese Illusion wohl gründlich zerstört worden; es ist vielmehr gerade den politischen und sozialen Parteien ermöglicht, einen unheilvollen Einfluß auf die Ausübung der Strafgewalt zur Durchführung ihrer Tendenzen auszuüben. Man kann nicht verkennen, daß die Strafjustiz unpopulär geworden ist.[1])."

Aber auch die Ziviljustiz sollte nicht lange verschont bleiben. Lücken im Gesetzestext, Unzulänglichkeiten in der Rechtsprechung wurden bald in der Tagespresse laut, und damit wurde auch der ganzen zivilen Justizorganisation die Fehde angesagt. Träger glänzender juristischer Namen nahmen den Kampf auf, stellten ihre Ideen dar, wie dem Übel abzuhelfen sei, und erwarben bald Jünger und Widersacher, die ihrerseits wiederum, bald bedingungslos ihrem Führer ergeben, bald auch geringe Meinungsabweichungen vertretend, eine außerordentlich fruchtbare und anregende Debatte erzeugten, sodaß jetzt nach dem Verlauf des ersten Jahrzehnts schon die Literatur dieses Kampfes fast unübersehbar ist.

---

[1]) Laband in D. J. Z. 1906, S. 7.

§ 2.

Die Philosophie als Grundlage einer Neubelebung des Rechts.

Die Laien haben also mit ihren ewigen Klagen über die Weltfremdheit der Richter — eine Form, in der am häufigsten ihre Unzufriedenheit mit dem bestehenden Recht in der Tagespresse zum Ausdruck kam — einen grandiosen Kampf heraufbeschworen. Daß dabei in ihren Forderungen auch manche Wünsche enthalten sind, die in das Reich Utopias gehören, und manche Ungerechtigkeiten, die jeglicher Grundlage entbehren, tut nichts zur Sache [1]). Der nächstliegende Zweck ist erreicht. Diejenigen, deren Aufgabe es ist, sich mit dem Recht zu beschäftigen, haben begonnen, diese Klagen ernst zu nehmen und auf der Suche nach befriedigendem Recht nach allen Seiten hin zu prüfen und zu wägen. Was ist Recht? Wie entsteht es? Welche Zwecke muß es verfolgen, welche kann es nicht verfolgen, und wie ist vor allem das gesetzte Recht anzuwenden? Das sind die Fragen, deren Lösung sich das begonnene Jahrhundert zu bringen wünscht.

Ohne Frage ist es dabei zum nicht geringen Teil den Laienklagen mit ihren stetigen Forderungen nach Befriedigung des Rechtsgefühls und des Rechtsbewußtseins zuzuschreiben, daß man einsehen lernte, man müsse zunächst, wenn anders wirklich eine fruchtbare Neubelebung des Rechts herbeigeführt werden sollte, sich darüber klar werden, was denn eigentlich dieses Rechtsgefühl, was Gerechtigkeit überhaupt ist. Daß ein wirklich vorhandenes allgemeines Rechtsbewußtsein für die Rechtsprechung stets ein Moment von der höchsten Bedeutung sein muß, unterliegt keinem Zweifel; „aber die Schwierigkeit liegt darin, ein wirklich vorhandenes allgemeines Rechtsbewußtsein von dem ohne sachkundige und gründliche Prüfung angenommenen v e r m e i n t l i c h e n Gefühl oder Bewußtsein der Allgemeinheit zu unterscheiden [2])". Während die Begriffe: Gefühl, Empfindung und Bewußtsein im Bereiche der Psychologie schon lange streng gesondert und auseinandergehalten werden, wurden sie in der Rechtswissenschaft bisher ohne nennenswerte Differenzierung nebeneinander angewandt. Und es ist erstaunlich, die Tatsache feststellen zu müssen, daß der Begriff und die Idee der Gerechtigkeit von Juristen bisher nur sehr selten für wert erachtet wurde, einer Untersuchung unterzogen zu werden, und meistens dann nur im Gebiet des Straf-

---

[1]) Diese Angriffe sind, soweit sie ungerechtfertigt waren, zurückgewiesen von de Niem: „Wahrheit und Dichtung. Ketzerische Gedanken eines Richters." In der Deutschen Juristen-Zeitung, Jahrgang 1908, S. 441 ff. Vgl. außerdem von demselben: „Klassenjustiz". In derselben Zeitschrift 1908, S. 721 ff.

[2]) v. Bülow in D. J. Z. 1906, S. 45.

rechts. Die einzigen beachtenswerten Untersuchungen über Rechtsgefühl und Gerechtigkeit, die vor 1900 geschrieben worden sind, stammen von G. Rümelin [1]). Die übrige juristische Literatur beschäftigt sich mit der Gerechtigkeit fast gar nicht, mit dem Rechtsgefühl überhaupt nicht, „sei es, daß man voraussetzt, der Begriff (Gerechtigkeit) existiere unleugbar und seinen Postulaten sei jedenfalls zu gehorchen, so daß darüber kein Wort verloren zu werden braucht, sei es, daß man die Gerechtigkeit als Begriff ausweisen zu müssen glaubt aus dem Gebiete des Rechts und der Rechtswissenschaft, um ihn in das der Moral zu versetzen, in die er von jeher gehöre".[2])

Seit der Jahrhundertwende ist darin nun ein erfreulicher Umschwung eingetreten. Man hat einsehen gelernt, daß das Recht vor allem der Philosophie bedarf, daß die Spezialforschungen der Rechtswissenschaft einheitlichen Gesichtspunkten untergeordnet und das verknüpfende Band zwischen den einzelnen Disziplinen gesucht werden muß. Aus diesen Gesichtspunkten heraus ist nunmehr eine große Anzahl eingehender Untersuchungen über Grundlage und Wesen des Rechts entstanden [3]). Männer haben sich gefunden, die mit umfassender Kenntnis und liebevoller Hingabe versucht haben, dies Fundament eines stolzen Gebäudes zu gründen. Als die einzige Grundlage, die für eine lebensfähige Wiederbelebung des gesamten Rechts in Betracht kommen kann, hat man die Philosophie gefunden. Es ist erkannt worden, daß das Recht um deswillen dem Rechtsbewußtsein nicht hat genügen und in den vielgeschmähten Formalismus hat ausarten können, weil man das Recht bisher ohne jegliche allgemeine und rechtsphilosophische Grundlage zu meistern gesucht hat, daß ohne Philosophie eben alle Bestrebungen nur die aufgelösten Teile sind, denen jede zusammenfassende Kraft fehlt. [4]) Auf der Suche nach einer solchen philosophischen Grundlage haben nun die einen ihr Vorbild in Kant, die anderen in Hegel gefunden. Und jetzt nach Vollendung des ersten Jahrzehnts sind diese Bemühungen so weit gediehen, daß bereits zwei rechtsphilosophische Schulen, die Neukantianer und die Neuhegelianer, scharf hervortreten.

---

[1]) G. Rümelin, 2 Bände 1875 und 1881.

[2]) Gareis S. 3.

[3]) Ich führe aus der Fülle derartiger Monographien nur an: Gareis, Kuhlenbeck, Sokolowski, ten Hompel, Cruet, Neubauer, Loening, Lazarsfeld, v. Petrażycki, Rundstein. Außerdem Grabowsky, der das Problem der Gerechtigkeit innerhalb der Rechtswissenschaft in „Recht und Staat" S. 13 ff. erörtert, und Brodmann, der die bisher gangbaren Definitionen des Rechts einer eingehenden Kritik unterzieht, S. 337 ff.

[4]) Vgl. Kohler: Probleme S. 1.

Kapitel 1.

Der Neukantianismus.

§ 3.

Die naturrechtliche und die historische Schule.

Die juristische Forschung hatte bisher unter der Herrschaft zweier Richtungen ihre durchgreifende Ausgestaltung erfahren, der naturechtlich-philosophischen einerseits und der historisch-dogmatischen andrerseits. Während die erstere von einer Rechtsidee ansging, die je nach der philosophischen Gesamtanschauung von verschiedenen Faktoren abgeleitet wurde, sah die andere, die das Recht mit dem Zwangsrecht, dem sogenannten positiven Recht gleichsetzte, darin das historische Ergebnis des Gesellschaftsprozesses, das Kompromiß der Einfluß und Macht besitzenden Kräfte. Den Denkern der Naturrechtsepoche schwebte ein Rechtsideal vor, und dieses Rechtsideal zu klären und zu formulieren, war ihr ganzes Sinnen gerichtet, um die so geläuterte Idee dem Gesetzgeber als Vorbild und dem Richter als Rechtsquelle überliefern zu können.[1]) Dabei waren sie davon überzeugt, daß dieses Ideal selbst unabhängig von menschlicher Anerkennung und unantastbar durch menschliche Angriffe sei. Zu Beginn des vorigen Jahrhunderts gelangte in begreiflichem Rückschlag gegen diese Auffassung die historische Schule zu der entgegengesetzten Lehre: ihr galt das Recht der Einwirkung des bewußt wollenden Menschengeistes entzogen. Ihr Lehre handelte im wesentlichen von der Entstehung des objektiven Rechts, und als Schöpfer des gesamten Rechts betrachtete sie den sogenannten Volksgeist, ein Gedanke, der, wie neuerdings S. Brie[2]) nachgewiesen hat, aus Hegels Philosophie übernommen ist. Demgemäß hat sich die Rechtswissenschaft auf ein rein theoretisches Verarbeiten des historisch gegebenen Materials zu beschränken, alle Reflexionen aber über ein vom positiven Recht verschie-

[1]) Vgl. Kantorowicz S. 44. Ferner Neubauer S. 373, (Nr.32).

[2]) Brie Heft 1, S. 7 ff.

denes, sein sollendes Recht als unwissenschaftlich zu verwerfen. Folgerichtig sprach dann auch Savigny seinem Zeitalter den Beruf zur Gesetzgebung ab.

Bekanntlich hat die Geschichte selbst in diesem Punkt der historischen Schule unrecht gegeben. Seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts ist eine ganze Anzahl bedeutender Kodifikationen geschaffen, von denen jede einzelne durch sorgfältig begründete Entwürfe und Besprechungen von den berufensten Fachleuten vorbereitet worden ist. Ja, nach der Veröffentlichung des ersten Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch trat das Interesse an dem geltenden sogar weit hinter das an dem seinsollenden Recht zurück. Und dieses Interesse an dem seinsollenden Recht ward durch das Gesetzbuch selbst noch in hohem Maß gefördert, denn es räumte dem Richter in einer weit über das bis dahin übliche Maß gehenden Weise geradezu eine schöpferische Stellung ein.[1]) In all den Fällen, in denen das Gesetz auf Treu und Glauben, Rücksicht auf die Verkehrssitte, verständige Würdigung des Falles, billiges Ermessen usw. verweist, hat jetzt der Richter die für die Rechtsprechung erforderlichen Normen selbständig wertend zu finden. Damit konnte sich die Rechtswissenschaft mit einer lediglich technischen Bearbeitung des Rechtsstoffs nicht mehr begnügen, sie sah sich zu einer rechtsphilosophischen Durchdringung der Materie gezwungen.

§ 4.

Die Wiederbelebung des Naturrechts durch Stammler.

Ungefähr seit dem Jahr 1896, in dem Rudolf Stammlers „Wirtschaft und Recht" erschien, machte sich denn auch eine Reaktion gegen die von der historischen Schule geförderte Überschätzung des positiven Rechts fühlbar, und es kam zu einer sich langsam vollziehenden, aber sehr fruchtbaren Neubelebung des Naturrechts. Dabei sind es nicht die alten Wege, die unter der Devise „zurück auf Kant" nach dem Erwachen philosophischer Neigung betreten werden. Zwar hatte sich der Weg der historischen Schule in dieser Richtung als ungangbar erwiesen, aber auch der alte Weg des Naturrechts schien zu keinem Ziele führen zu können. Daher lag es nahe, „gleichweit entfernt von dem utopistischen Wagemut der Einen, die ein ewig gültiges Recht mit bestimmtem Inhalt zu konstruieren versucht hatten, und dem kritiklosen Pflegma der Anderen, die durch die Erkenntnis des Rechtes ganz von selbst die Erkenntnis des Rechten vollzogen geglaubt hatten, den Mittelweg einzuschlagen und zu versuchen, eine allgemeingültige formale Methode zur Ermittelung des jeweilig Richtigen zu schaffen".[2])

[1]) Vgl. Kantorowicz S. 45.
[2]) Kantorowicz S. 45.

Ein Naturrecht mit wechselndem Inhalt zwar nicht begründet, aber doch zuerst energisch in Angriff genommen und zu verwirklichen versucht zu haben, dieses Verdienst gebührt Rudolf Stammler, ein Gedanke, mit dem die Geschichte der Rechtsphilosophie in ihre dritte Epoche tritt. Bereits in dem Schlußabschnitt seines Werkes „Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung" deutete der Verfasser seine Ideen auf der Basis der Kantischen Philophie an, von deren Fruchtbarmachung er eine Neubelebung der Rechtsphilosophie und damit der gesamten Rechtsmaterie erwartet. In dem 1902 erschienenen Werk „Die Lehre vom richtigen Recht" führt er diese Gedanken näher aus. „Es ist unsere Absicht, sagt er dort,[1]) nur eine allgemeingültige formale Methode zu finden, in der man den notwendig wechselnden Stoff empirisch bedingter Rechtssatzungen dahin bearbeiten, richten und bestimmen mag, daß er die Eigenschaft des objektiv Richtigen erhält."

Erst in seinem 1911 erschienenen, groß angelegten Werk „Theorie der Rechtswissenschaft" gibt Stammler ein bis in alle Einzelheiten ausgearbeitetes System seiner Lehre, in dem er diese zugleich auch gegen die vielfachen Angriffe zu verteidigen sucht.[2]) Entschieden verwahrt er sich wie früher dagegen, sein System unmittelbar an das Naturrecht oder an die Lehre Kants angegliedert zu haben. Weder Plato noch Aristoteles hätten diese Aufgabe im ganzen hergestellt. Kant habe in seiner Metaphysik der Sitten für die Rechtslehre die kritische Methode aufgegeben und sei in den Bahnen des damals herrschenden Naturrechts verblieben. Nur mittelbar seien die tiefen Anregungen dieser führenden Geister zu verwerten gewesen. Der von ihm geplante Aufbau habe neu entworfen und ausgeführt werden müssen.[3])

Stammler unterscheidet zwei Arten der Rechtslehre: die technische und die theoretische. Während die technische Rechtslehre ermittelt, was Rechtens ist, untersucht die theoretische Lehre, ob das, was Rechtens ist, auch Rechtens sein sollte, mit anderen Worten, ob es „richtiges Recht" ist. Alsdann unterzieht er die Beziehungen dieses richtigen Rechts zum gesetzten Recht, zur sittlichen Lehre, zum Naturrecht, zur Gnade und zur ungeprüften Rechtsauffassung einer eingehenden Untersuchung. Wie die Art zur Gattung, so verhält sich das gesetzte Recht zum richtigen Recht, denn alles gesetzte Recht ist nur ein Zwangsversuch zum Richtigen. Hinsichtlich der Beziehung des richtigen Rechts zur Sittlichkeit kommt Stamm-

[1]) Richtiges Recht S. 116.

[2]) Vgl. besonders „Metakritik zu dem richtigen Recht" S. 511 ff.

[3]) Theorie S. 35.

ler zu dem Ergebnis, daß der Sittlichkeit das richtige Recht erst den Stoff zu ihrer Betätigung gibt, da das richtige Recht bestimmt, wie man sich äußerlich zu verhalten habe, und die Sittenlehre vorschreibt, daß man den Regeln des richtigen Rechts um ihrer selbst willen, aus Pflichtgefühl, zu gehorchen habe.

Der Neukantianer baut zwar, wie bereits erwähnt und im einzelnen noch darzulegen sein wird, auf dem Fundament des alten Naturrechts auf, das Gebäude selbst aber wird dem der historischen Schule nicht ganz und gar unähnlich: das richtige Recht soll weder unabhängig von aller Erfahrung lediglich durch die Vernunft geschaffen und ein für alle Zeiten und Völker ewiges sein, noch soll es unabhängig von staatlichen Anordnungen gelten.

Die Anwendung der Gnade ferner, soweit sie nicht wegen Unsicherheit des gesetzten oder richtigen Rechts, sondern zur Berichtigung von gesetztem oder unrichtig gewordenem richtigen Recht eintritt, ist eine Betätigung des richtigen Rechts, die von den übrigen Betätigungen nur dadurch unterschieden ist, daß diese nicht kraft rechtlicher, sondern kraft sittlicher Pflicht ausgeübt wird. Und diejenigen endlich, die statt einer Methode des richtigen Rechts die ungeprüfte Rechtsauffassung in Gestalt des natürlichen Rechtsgefühls, des Rechtsempfindens der Volksseele, der in der Rechtsgemeinschaft herrschenden Anschauungen oder des freien richterlichen Ermessens eingesetzt wissen wollen, sind darauf hinzuweisen, daß der Begriff der Richtigkeit durch einfache Bezugnahme auf irgendeine konkrete Anwendung desselben nicht ersetzt werden kann.

Im zweiten Buch legt Stammler die Methode des richtigen Rechts dar. Richtiges Recht definiert er als dem Zweck des Rechts entsprechendes Recht. Der Zweck des Rechts kann dabei nicht die Freiheit der Rechtsgenossen sein. Dies würde im Widerspruch zu seinem Begriff einer Zwangsregelung stehen. Und wenn man als Zweck des Rechts etwa die Gleichstellung der Rechtsgenossen hinstellen will, so sagt man damit nichts anderes, als daß sie alle nach derselben, nicht aber, nach welcher Methode sie zu behandeln seien. Der Zweck des Rechts kann aber auch nicht darin bestehen, das Glück der Rechtsgenossen ze begründen und zu fördern, denn auch für den Einzelnen ist nicht das oberste Gesetz, sein persönliches Wohlergehen zu fördern. Das Recht strebt vielmehr dem sozialen Ideal einer Gemeinschaft freiwollender Menschen zu, und aus diesem Gesichtspunkt ergeben sich die Grundsätze des richtigen Rechts.

Eine Gemeinschaft der Rechtsgenossen, das ist das Ziel des Rechts; der Grundsatz des Teilnehmens ist sein oberstes

Gesetz. Jeder Rechtsgenosse muß an den Segnungen der Rechtsordnung teilnehmen können und nicht durch das Bestehen oder die Art der Ausübung fremder Rechte von ihnen ausgeschlossen werden. Dieses Ziel der Rechtsordnung aber soll eine Gemeinschaft frei wollender Menschen sein. Ihre Freiheit soll also nur soweit beschränkt werden, als es der Begriff der Gemeinschaft verlangt. Eine Folge dieses Gedankens ist dann der Grundsatz des Achtens: Jeder Rechtsgenosse hat bei der Begründung und Ausführung von Rechten den Gedanken der Gemeinschaft zu achten und ist insoweit seiner Freiheit, Richtiges zu wählen, beschränkt. Um diese so gekennzeichneten Grundsätze im besonderen Falle anwenden zu können, hat man die Streitteile in Gedanken in eine Sondergemeinschaft zu bringen, in die jeder sein umstrittenes Wollen einzubringen hat. Diese Sondergemeinschaft, die von Stammler als Vorbild des richtigen Rechts hingestellt wird, umschließt die Beteiligten je nach der Nähe ihrer rechtlichen Verbundenheit mit dem anderen Streitteil in konzentrischen Kreisen. Nach den Grundsätzen des Achtens und Teilnehmens wird die Sondergemeinschaft dann in dem Sinne auseinandergesetzt, daß der eine oder der andere irgend eine Leistung zu erfüllen hat. Die Leistung kann der Verpflichtete mit seiner Person, mit rechtlich ihm anvertrauten Personen oder mit seinem Vermögen zu erfüllen haben. Das ist die Typik der Leistungen.

Im dritten Buch wird sodann die praktische Betätigung des richtigen Rechts, aber mit doppelter Beschränkung, behandelt. Einmal schließt Stammler die Anwendung des richtigen Rechts in der Gesetzgebung aus und begnügt sich mit seiner Betätigung in der Rechtspflege und auch hier nur in den Fällen, in denen das positive Recht auf Treu und Glauben, billiges Ermessen, gute Sitten usw., das ist richtiges Recht, verweist. Dann schließt er aber auch weiter das Strafrecht aus und beschränkt sich auf das bürgerliche Recht. Nur nebenbei erfahren wir, daß der Zweck der Strafe nicht Vergeltung, sondern Berichtigung, Reparatur des Rechtsbruchs sei.[1]) Schließlich kennzeichnet Stammler, wie er es bereits im wesentlichen in „Wirtschaft und Recht" ausgeführt hatte, den Beruf des richtigen Rechts in der Weise, daß es Voraussetzung für die Einheit jeder sozialen Betrachtung, die notwendige Unterlage für eine mögliche Zusammenfassung der sozialen Geschichte überhaupt und ein Weg zum Ineinanderaufgehen aller anderen Bestrebungen sonstiger Grundrichtung, zu einer „Orthosophie", sei.

[1]) Richtiges Recht S. 139, 303.

§ 5.

Das Endziel des Neukantianismus. Die Erkenntnis des Rechts.

Aus dieser kurzen Darlegung der wesentlichen Gesichtspunkte des richtigen Rechts ist bereits zu erkennen, daß Stammlers Rechtsphilosophie, wie alle neueren rechtsphilosophischen Spekulationen, ihren Ausgangspunkt von der auch von Kant angenommenen Begriffsbestimmung nimmt, daß das Recht nichts anderes als die äußere Regelung menschlichen Verhaltens zur Erreichung eines inhaltlich wertvollen Zustandes erstrebe.[1]) Der inhaltlich wertvolle Zustand aber, der Endzweck, kann auf der angegebenen gemeinsamen Grundlage in zwiefacher Weise bewertet und vollendet gedacht werden. Entweder kann der Endzweck lediglich in der möglichsten Vollendung der sittlichen Persönlichkeit gesucht und der Wert des Gemeinschafslebens allein an der Erreichung dieses einen Ideals gemessen werden. Dieser Endzweck schwebte Kant vor. Oder man kann von der Anschauung ausgehen, daß die der Ordnung und den Einrichtungen des menschlichen Zusammenlebens innewohnende Bedeutung nicht erst von einem individualethischen Wert abgeleitet zu werden braucht, daß sie vielmehr kraft eigener Herrlichkeit gelte. Das ist die Grundanschauung Hegels, wie noch des Näheren im nächsten Kapital darzulegen sein wird. Als Musterbeispiel der ersteren Auffassung, eines rechtsphilosophischen Kantianismus, kann in der Gegenwart Stammler angesehen werden.[2]) [3])

Im Rahmen dieser Arbeit ist nicht so sehr die wirtschaftstheoretische Hälfte seiner Sozialphilosophie, insbesondere nicht seine Lehren, die von den Beziehungen des Rechts zum Nichtrecht handeln, und seine Hypothesen über Recht und Wirtschaft als „Form" und „Materie" des sozialen Lebens von Interesse, als vielmehr die Theorien, die das Wesen des Rechtes selbst betreffen.

---

[1]) Vgl. Lask S. 13—15.

[2]) Vgl. Lask S. 15.

[3]) Als unmittelbarer Vorläufer Stammlers wird Hermann Cohen angesehen. In seiner Ethik des reinen Willens (System der Philosophie, 2. Teil, Berlin 1904) begründet er neu die Ethik Kants durch die Weiterführung der transzendentalen Methode auf die Geisteswissenschaften. Die Ethik bedeutet nach ihm entsprechend der Kantischen Lehre nichts anderes als die Idee der Menschheit, die Anerkennung eines jeden Einzelnen als persona-Rechtsträger, als Persönlichkeit. In seiner früheren Schrift (Kants Begründung der Ethik, Berlin 1877, S. 198, 201) hatte Cohen die „Autonomie der Zwecke" Kants in der Gemeinschaft moralischer Wesen gefunden. Von hier aus nimmt Stammler seinen Ausgangspunkt.

Stammler macht von der Beantwortung dreier Fragen die Erkenntnis des Rechts abhängig. Diese Fragen sind die nach dem Begriff des Rechts, nach der Berechtigung des Rechtszwanges und nach dem richtigen Inhalt eines Rechts.[1]) Der Begriff des Rechts wird von ihm folgendermaßen definiert: „Recht ist die ihrem Sinne nach unverletzbar geltende Zwangsregel menschlichen Zusammenlebens."[2]) Damit will Stammler das Recht abgrenzen gegen die Sittlichkeit, die Willkür und die Konventionalregeln. Unter Konventionalregeln versteht er die Regeln der Sitte, des Anstandes, der ritterlichen Ehre, der Mode, der Sprache usw.[3]) Von diesen letzteren, die nur „eine bedingungsweise Einladung" darstellen,[4]) unterscheidet sich das Recht durch seinen selbstherrlichenCharakter: „Das Recht will als Zwangsgebot über dem Einzelnen gelten, ohne Rücksicht auf dessen Zustimmung und Anerkennung — die Konventionalregel gilt nach ihrem eigenen Sinn lediglich zufolge der Einwilligung des Unterstellten".[5]) Von der Sittlichkeit, die nur das Inneleben des Einzelnen angeht, unterscheidet sich das Recht, wie auch die Konventionalregeln und die willkürliche Anordnung, durch ein rein äußeres Merkmal, nämlich das des menschlichen Zusammenlebens. Die Willkür endlich entbehrt das dem Recht eigenartige Charakteristikum der Unverletzbarkeit; denn der willkürlich Gebietende will an seine Gebote selbst nicht gebunden sein, der Gesetzgeber dagegen darf das Recht auch immer wieder nur durch anderes Recht außer Kraft setzen.[6])

§ 6.

Die Berechtigung des Rechtszwanges.

An dieser Stelle sei gleich darauf hingewiesen, daß Stammler es ganz energisch ablehnt, wie es vor ihm und auch nach ihm immer wieder als die einzige Möglichkeit, den Begriff des Rechts festzulegen, hingestellt wurde, seine Lehren vom richtigen Recht an den Inhalt der sittlichen Lehren anzulehnen und so scharf umrissene Grenzen des Rechts zu finden.[7]) Seine Lehre soll ganz allein auf sich selbst gestellt werden. Ihm selbst scheint es aber einmal zum mindesten zweifelhaft zu werden, ob durch seine Methode tatsächlich scharf umrissene Grenzen des Rechts geschaffen werden.[8]) In den Fällen einer einseitigen originären Rechtsentstehung hält er es

[1]) Kultur der Gegenwart XV, II.
[2]) Wirtschaft und Recht, S. 488.
[3]) Wirtschaft und Recht, S. 97.
[4]) Wirtschaft und Recht, S. 125, Richtiges Recht, S. 235.
[5]) Wirtschaft und Recht, S. 477.
[6]) Wirtschaft und Recht, S. 488.
[7]) Richtiges Recht, S. 51 ff.
[8]) Wirtschaft und Recht, S. 499.

für notwendig, daß Gewaltbefehle vorliegen. „Wenn ein Privatmann ein Gesetzbuch promulgieren wollte oder von hier aus an den Kaiser von China einen Befehl erließe, so ist durch solche Tatsache ein soziales Problem noch nicht geliefert. Es kommt allemal darauf an, daß durch Unrecht und Gewalt neue Rechtsnormen begründet werden können, ohne daß dieses sich auf die vom geltenden Recht gegebenen Vorschriften über Rechtserzeugung stützt." Die Rechtsordnung muß also nach Stammlers Hauptdefinition nur ihrem Sinne nach, in diesen besonderen Fällen aber auch faktisch eine Zwangsregelung sein.[1])

Die Lösung der Frage nach der Berechtigung des Rechtszwanges sucht Stammler dadurch zu bringen, daß er die Konventionalregeln für ungeeignet erklärt, jedes menschliche Zusammenleben, das denkbar ist, zu umfassen und zu regeln, da die soziale Form von Konventionalgemeinschaften nur ein gesellschaftliches Dasein von solchen Menschen ermöglicht, die zur vertragsmäßigen Vereinigung mit anderen tatsächliche Fähigkeit besitzen.[2]) Innerhalb der Rechtsgemeinschaften dagegen bestimmen die rechtlichen Regeln selbst in souveräner Selbstherrlichkeit, wer ihnen unterworfen sei und danach dem betreffenden sozialen Verbande angehöre. Mithin ist der rechtliche Zwangsbefehl ein richtiges Mittel, um alle nur denkbaren menschlichen Vereinigungen konstituieren zu können, und darin liegt nach Stammlers Meinung sein Recht begründet.[3])

§ 7.

Der richtige Inhalt eines Rechts. Die Grundsätze des richtigen Rechts.

Wir kommen zu der dritten Frage, der Frage nach dem richtigen Inhalt eines Rechts. Der Neukantianer sagt: „Der Inhalt einer Norm des Verhaltens ist richtig, wenn er in seiner besonderen Lage dem Gedanken des sozialen Ideals entspricht."[4]) Sein soziales Ideal aber ist die Gemeinschaft frei wollender Menschen und unter „frei" versteht er nicht frei im staatsbürgerlichen Sinne, nicht frei vom Kausalitätsgesetz, sondern frei vom bloß subjektiv gefüllten Inhalt des Begehrens, sodaß ein jeder die objektiv berechtigten Zwecke des anderen zu den seinigen macht. Stellen wir Stammlers eigene Worte zusammen, so ist eine Rechtsnorm dann richtig, wenn sie dem Gedanken einer Gemeinschaft von Menschen entspricht, in der

---

[1]) Vgl. Kantorowicz, S. 49.

[2]) Wirtschaft und Recht, S. 541.

[3]) Wirtschaft und Recht, S. 543 f.

[4]) Richtiges Recht, S. 198, Theorie, S. 470, ff.

ein jeder die objektiv berechtigten Zwecke des anderen zu den seinigen macht.[1])

In seiner „Methode des richtigen Rechts" versucht Stammler die Grundsätze darzulegen, welche die Brücke von der Idee des richtigen Rechts zu ihrer Bedeutung für die besonderen Rechtsfragen schlagen sollen,[2]) mit deren Entscheidung sich der dritte Teil „die Praxis des richtigen Rechts" befaßt.

Vier Grundsätze sind ihm von maßgebender Bedeutung, je zwei des Achtens und je zwei des Teilnehmens, von denen in jeder Gruppe der erste auf das „Bestehen" und der zweite auf das „Ausführen" von Rechtsverhältnissen gerichtet ist. Die beiden Bestimmungen des Achtens lauten: 1. „Es darf nicht der Inhalt eines Wollens der Willkür eines Anderen anheimfallen." 2. „Jede rechtliche Anforderung darf nur in dem Sinne bestehen, daß der Verpflichtete sich noch der Nächste sein kann."[3]) Die beiden Bestimmungen des Teilnehmens schreiben vor: 1. „Es darf nicht ein rechtlich Verbundener nach Willkür von der Gemeinschaft ausgeschlossen sein." 2. „Jede rechtlich verliehene Verfügungsmacht darf nur in dem Sinne ausschließend sein, daß der Ausgeschlossene sich noch der Nächste sein kann."[4])

Dabei ist zu betonen, daß Stammler diese Grundsätze nicht etwa als Rechtssätze aufgefaßt wissen will, sondern ihnen nur einen formalen, methodischen Charakter anweist. Es ist ihm deshalb auch mehrfach der Vorwurf gemacht worden, daß diese Grundsätze im Widerspruch stehen zu dem obersten Leitsatz seiner Lehre, und daß sie im Grunde genommen nur ein einfaches Naturrecht alten Stils darstellen.[5]) Aber statt ein ausgearbeitetes und geschlossenes System zu bieten, wie es die alten Naturrechtler gebracht hätten, begnüge er sich damit, die obersten mit abstraktem Inhalt, aber doch mit Inhalt gefüllten Leitsätze anzugeben. Diesen Vorwurf hält einer seiner energischsten Gegner, Kantorowicz,[6]) schon dadurch für begründet, daß Stammler unmittelbar aus diesen Grundsätzen die unbedingte, ewige Unrichtigkeit so mancher Einrichtung wie der Sklaverei und der Polygamie ableiten kann.[7])

Um schließlich noch einmal kurz auf die praktische Anwendung seiner Lehrsätze zurückzukommen,[8]) so erachtet Stammler hierfür den bereits erwähnten Gedanken der Sondergemeinschaft, des „Vorbildes des richtigen Rechts", für unent-

---

[1]) Kantorowicz, S. 51.
[2]) Richtiges Recht, S. 204, vgl. in Theorie den Abschnitt „Die Methodik des Rechts" S. 264 ff.
[3]) Richtiges Recht, S. 208.
[4]) Richtiges Recht, S. 211.
[5]) Vgl. z. B. Makarewicz: Abhandlungen II, S. 10 ff.
[6]) Kantorowicz, S. 69.
[7]) Richtiges Recht, S. 269, 363; vgl. Theorie, S. 139.
[8]) Vgl. im übrigen die Ausführungen im Kap. 3, § 21 dieser Arbeit.

behrlich. Denn während die Grundsätze des richtigen Rechts nur allgemeine Lehrsätze sind, die von der obersten Spitze der unbedingten Idee des Rechts aus deren Gebot in die Lande tragen, es verzweigen und verteilen, ist es die Aufgabe des Vorbildes des richtigen Rechts, dem von unten her entgegenzukommen. Dabei soll das Vorbild des richtigen Rechts der Gedanke einer Sondergemeinschaft sein unter denen, die nach den Grundsätzen des richtigen Rechts auseinanderzusetzen und zu bestimmen sind. In Gedanken sind die Streitteile in Sondergemeinschaft zu verbringen, und man hat bei deren Bestimmung und Auseinandersetzung nur die Grundsätze des richtigen Rechts einzuarbeiten.[1]) Eins der vielen Vorteile dieses methodischen Mittels soll nach Stammlers Ansicht zum Beispiel darin bestehen, eine gerechte Schadenteilung zu ermöglichen.[2])

§ 8.

Graf Dohnas Maßstab für die Richtigkeit der einzelnen Handlungen.

Dies ist der in großen Zügen entwickelte Gedanke einer allgemeingültigen formalen Methode zur Ermittelung des jeweilig den gegebenen Umständen angemessenen richtigen Rechts, der des Relativismus.[3]) Stammlers Weckruf hat vielfachen Widerhall gefunden, aber auch vielfachen Widerstand. Überall entbrennt der Kampf gegen den Positivismus in der Rechtswissenschaft. Es mehren sich die Stimmen, die die Ermittelung des richtigen Rechts nicht nur neben der Auslegung des positiven Rechts, sondern auch für sie vorgenommen wissen wollen. Ja, es soll sogar in noch weit größerem Umfang ermittelt werden, als etwa das positive Recht in irgend einer Form darauf verweist.[4])

Mag man nun über die praktische Verwendbarkeit des Neukantianismus denken, wie man will,[5]) darüber sind auch seine Gegner durchwegs einig, daß ihm die erkenntnistheoretische Analyse der „ungeprüften Rechtsauffassung", d. i. der Kulturnormen H. E. Mayers[6]) oder des Rechtsgefühls in die allge-

---

[1]) Richtiges Recht, S. 281—284.

[2]) Vgl. richtiges Recht a. a. O., S. 360, 383.

[3]) Eine Bezeichnung, die Stammler selbst nicht gebraucht.

[4]) Vgl. hierzu die eingehenden Vorschläge von Schmölder, Stampe, Danz usw. im Kap. 3 dieser Arbeit.

[5]) Kantorowicz hält schon aus dem Grunde seine Methode für praktisch unanwendbar, weil einmal seine sämtlichen Grundsätze negativ gehalten sind und daher im besten Fall nur angeben können, welche Entscheidung als unrichtig zu meiden ist, und weil sie ferner nur extreme Fälle berücksichtigen, ohne irgend eine quantitative Bestimmtheit zu besitzen. (Kantorowicz, S. 70.)

[6]) H. E. Mayer bringt in seinen „Rechtsnormen und Kulturnormen eine grundlegende rechtsphilosophische Untersuchung unter Anwendung auf einzelne Fragen des Strafrechts.

meingültige Form und den bedingten Stoff voll gelungen ist. Allerdings wird ihm und m. E. mit Recht vorgeworfen, daß er eine an Stelle des Rechtsgefühls zur Bewertung des Rechts anwendbare Methode nicht geliefert hat, da seine allgemeingültige Form zu diesem Zweck zunächst eine neue Synthese mit bedingtem Stoff eingehen muß, daß es aber für den bewußten Vollzug dieser Synthese an jeder Anweisung fehlt und diese auch in Zukunft dem intuitiven Walten des Rechtsgefühls überlassen bleiben muß. [1])

Während Stammler außerhalb des gesetzten Rechts einen Maßstab für die Richtigkeit des Rechts sucht, bemüht sich Graf Dohna, einer seiner unbedingten Anhänger, einen solchen für die Richtigkeit der einzelnen Handlungen zu finden und zwar auf dem von dem Meister vorgeschriebenen Weg für das Gebiet des Strafrechts. In seiner sehr interessanten Arbeit greift das Problem, um das sich bereits Binding, M. E. Mayer, Kohlrausch und Hold bemüht hatten, auf Stammlersche Manier an. Auch er hält nur das Moment der jeweiligen Angemessenheit für geeignet, in die gesuchte Formel aufgenommen zu werden. An die Normen ist, so deduziert er, sofern sie „richtiges Recht" darstellen sollen, die Anforderung zu stellen, daß sie „rechtes Mittel zu rechtem Zweck" seien. Ein menschliches Verhalten, welches als rechtes Mittel zu rechtem Zweck erscheint, kann daher niemals zugleich einer rechtlichen Norm widerstreiten, wenn anders dieser sachliche Berechtigung zukommen soll.[2]) Wenn nun ein solches Verhalten trotzdem vom Gesetz ausdrücklich bei Strafe verboten wird, so ist das nur ein Beweis dafür, daß es „unrichtiges" geltendes Recht ist. Bei der Auslegung der Gesetze aber spricht eine Vermutung gegen die Existenz solcher Verbote. Daher ist das in die Tatbestände des St. G. B. teils ausdrücklich aufgenommene, teils in ihnen als stillschweigend vorausgesetzt zu ergänzende Merkmal „rechtswidrig" so zu verstehen, daß damit ein Verhalten gekennzeichnet werden soll, das der Idee des Rechts, der Maxime für richtiges Verhalten widerspricht, das also nicht als rechtes Mittel zu rechtem Zweck gedacht werden kann. Ist ein Verhalten in diesem Sinne unrichtig, so ist es im Sinne des St. G. B. „rechtswidrig" dann, wenn es außerdem die Voraussetzungen eines bestimmten Deliktstatbestandes erfüllt. [3])

Auf die Frage, die sich hierbei unwillkürlich aufdrängt, wann denn ein vom Täter erstrebter Zweck richtig sei, muß Dohna es ablehnen, eine Antwort zu geben. Denn sämtliche

---

[1]) Vgl. die Besprechung des richtigen Rechts durch M. E. Mayer in der Kritischen Viertel-Jahrs-Schrift 1905, S. 178—197, außerdem Makarewicz, Abhandlungen I.

[2]) Dohna, S. 50.

[3]) Dohna, S. 52.

einzelnen Ziele, die von Menschen erstrebt werden, können auf ihre objektive Richtigkeit nur geprüft werden, indem sie regelmäßig als Mittel zur Erreichung weiterer und höherer Ziele gedacht werden; und diese letzteren können die Eigenschaft empirischer Bedingtheit gänzlich niemals abstreifen. Aus der formalen Maxime, daß jeder vorgesetzte Zweck in sich begründet und also objektiv gerechtfertigt sein müsse, läßt sich niemals ein konkreter unter allen Umtsänden anzustrebender Zweck ableiten. Also nur als Richtpunkt, niemals als zu erreichender Erfolg kann auch hier die Verwirklichung der formalen Maxime in Gestalt des von Stammler entworfenen sozialen Ideals erstrebt werden.[1])

Bei dem Ausbau dieses Prinzips unter dem Gesichtspunkt seiner Verwertung gelangt der Verfasser zu einer weiteren Betrachtung. Für die Zwecke der Auslegung eines konkreten, zu beurteilenden Verhaltens im Hinblick auf seine Subsumierbarkeit unter das Gesetz muß notwendig die Frage beantwortet werden, von wessen Standpunkt aus entschieden werden soll, ob der Täter „richtig" gehandelt hat. Kommt es lediglich für die Frage der objektiven Richtigkeit auf die Meinung an, die der Handelnde selbst nach den Umständen des Falles von der Angemessenheit seiner Handlung hatte? Da sich nach Dohnas Ansicht die objektive Gültigkeit einer Handlung auf die Freiheit von der Subjektivität der Zwecksetzung gründet,[2]) so möchte man diese Frage verneinen. Dann könnte aber nur der Richter die Frage der Richtigkeit einer Handlungsweise beurteilen. Aber auch der Richter ist als Mensch ja nicht im Besitz der objektiven Wahrheit. Daher kommt als „Sachverständiger zwecks Würdigung der Handlung" in vielen Fällen in erster Linie der Täter selbst in Betracht und zwar in allen den Fällen, in denen der Täter nach bestem Gewissen seine Handlungsweise für „richtig" gehalten hat, und dem Richter diese Handlungsweise als ein Ergebnis einer gleicher Sachkunde entsprechenden pflichtgemäßen Überlegung erscheinen muß. Die Konsequenz ist, daß für den Verfasser Rechtswidrigkeit und Pflichtwidrigkeit ein und dasselbe ist. Denn dasselbe Phänomen wird nur einmal vom Standpunkt der verpflichtenden Rechtsordnung und das andere Mal vom Standpunkt des verpflichteten Subjekts aus betrachtet. Jede normwidrige Handlung ist notwendig zugleich eine pflichtwidrige.[3]) Die bewußte Nichtübereinstimmung des eigenen Tuns mit der allgemeingültigen Maxime richtigen Verhaltens macht das Wesen der Pflichtwidrigkeit aus. Also kann von einer objektiven Unrichtigkeit des Verhaltens immer erst dann die Rede sein, wenn es

[1]) Dohna, S. 49.
[2]) Dohna, S. 75.
[3]) Dohna, S. 70.

der Angeklagte erwiesenermaßen an der erforderlichen Prüfung und Sorgfalt bei Vornahme der inkrimierten Handlung hat fehlen lassen. Sooft der Handelnde sein subjektives Belieben und sein konkretes Einzelwollen nicht zum obersten Gesetz für sein Tun und Lassen erhoben hat, sondern sooft er es umgekehrt untergeordnet hat dem Gedanken einer allgemeingültigen Gesetzmäßigkeit, sooft er es gerichtet hat nach einem absoluten Maßstab: dem Endzweck der sozialen Gemeinschaft, sooft ist seine Handlungsweise auch Ausfluß eines pflichtmäßigen und richtigen Verhaltens.[1])

Nachdem so die Methode dargelegt ist, versucht Dohna in einem zweiten Teil von der gewonnenen Basis aus die Fülle der im Bereich des Problems auftauchenden Streitfragen und sich einstellenden Zweifel in grundsätzlicher Weise zu entscheiden und zu schlichten. Es werden das Züchtigungsrecht des Lehrers, das Operationsrecht des Arztes, die unbefugte Geheimnisverletzung, die Not des Verletzers, die pflichtgemäßen Rechtsverletzungen und die Einwilligung des Verletzten der kritischen Methode unterzogen.

Mag man nun die Brauchbarkeit dieser prinzipiellen Ausführungen anerkennen oder nicht, mag man im Besonderen leugnen, ob Dohna mit seiner Formel praktische Fälle entscheiden kann,[2]) soviel steht außer Zweifel: Auch hier ist durch die Menge feiner Einzelbetrachtungen eine bedeutende Anregung gegeben, und es ist sicherlich ein nicht geringer Schritt vorwärts gemacht auf dem Wege der philosophischen Durchdringung und Behandlung des Rechts.

---

[1]) Dohna, S. 77 ff.
[2]) Vgl. Theorie, S. 216.

Kapitel 2.

Der Neuhegelianismus.

§ 9.

Die Wiederbelebung der Rechtsphilosophie durch Hegel.

Der Materialismus ist tot, es lebe die Philosophie des Geistes", ruft Josef Kohler in der Vorrede zu seiner Rechtsphilosophie begeistert aus. Seiner Meinung nach ist man, sobald man auf die Lehre Kants schwört, unweigerlich gezwungen, die Wissenschaft überhaupt aufzugeben und sich dem öden Skeptizismus zu widmen.[1]) Und weil er kein Heil von einer Lehre erwarten kann, die schon längst vor Kant durch die griechischen Sophisten aufgestellt und schon längst durch die tiefere griechische Philosophie widerlegt worden ist,[2]) so hat er sich dem Antipoden Kants, dem einstigen Haupt- und Staatsphilosophen Hegel zwar nicht mit Haut und Haaren verschrieben, aber doch als einzigen Philosophen als Vorbild erwählt, von dessen Grundlehren ganz allein eine Neubelebung der Philosophie und damit auch der Rechtsphilophie erwartet werden kann. Und doch baut er damit auf einer Lehre auf, die an Alter nicht hinter der von ihm geschmähten Theorie der Sophisten zurücksteht.

Der Grundton seiner Lehren heißt Entwickelung, Evolution, eine Theorie, die Kant „die gemeine, seichte Vorstellungsart" nennt,[3]) und von der er andrerseits hinsichtlich ihrer Plausiblität zugibt, „daß wenige, selbst von den scharfsinnigen Naturforschern sein mögen, denen eine Hypothese von solcher Art nicht bisweilen durch den Kopf gegangen wäre".[4]) Also Kant — Hegel, Stammler — Kohler: Gegensätze, wie sie schärfer kaum gedacht werden können.

---

[1]) Kohler: Probleme, S. 3.
[2]) Ebenda, S. 3.
[3]) Über den Gebrauch teleologischer Prinzipien in der Philosophie, ed. Rosenkranz VI, S. 369.
[4]) Kritik der Urteilskraft § 80, Anmerkung.

Wir gelangen damit zur zweiten führenden rechtsphilosophischen Schule, die sich seit der Jahrhundertwende in dem Kampf und dem Bemühen, ein gerechtes Recht zu finden, gebildet hat, dem Neuhegelianismus, eine Bezeichnung, die einer der eifrigsten Verehrer Kohlers, F. Berolzheimer, geprägt und der Meister akzeptiert hat.

Die kritische Methode beharrt dabei, daß die systematische Einsicht des Seins die grundlegende ist. Nach Stammler muß logisch primär feststehen, bevor ich wissen kann, wie etwas entsteht und sich entwickelt und wird, was dieses Etwas nach seinem Wesen, nach der Einheit seiner bleibenden Bestimmungen ist.[1]) Zur Erläuterung weist er auf den Eigentumsbegriff hin: „So setzt die Geschichte des Eigentums einen systematisch gesicherten Begriff des Eigentums als allgemeine und bleibende Aufgabe des Rechtes voraus, die dann erst verschiedene Einzelausführungen im Laufe der Geschichte erfahren hat. Wenn wir nicht den logisch festen Halt in einem einheitlichen Begriffe besäßen, so könnten wir ja auch niemals den Wechsel in Nebenbestimmungen als die Entwickelung eines und desselben Instituts genetisch beobachten und darlegen.“[2])

Nach dem Neuhegelianismus Kohlers erlangt die Rechtsordnung ihre Rechtfertigung lediglich durch die Rechtfertigung der Kultur, „und diese wird gerechtfertigt durch die Weltentwickelung und die Betrachtung der Menschheit als einer evolutionistischen Wesensgattung, deren Bestimmung über die gewöhnliche Naturbestimmung hinausgeht. Der Kern der Menschheitsgeschichte ist, daß das Unendliche mit Hilfe der endlichen Welt sich zu neuen Ergebnissen hinaufringt“.[3])

§ 10.

Die Idee der Persönlichkeit und der sittlichen Welt.

Seit Hegel, der von Haus aus Historiker war, wurde in der Geschichte aller Accent auf die Entwickelung und Bewegung von Ideen gelegt, wobei der pragmatische Zusammenhang, die die realistische Wahrheit der einzelnen Begebenheiten als durchaus bedeutungslos angesehen wurde. Der rechtsphilosophische Hegelianismus hat denn auch den ethischen Individualismus Kants, nach dem jeder Wert ausschließlich an der einzelnen Persönlichkeit haftet, als gesellschafts-philosophischen Atavismus charakterisieren zu können geglaubt.[4]) Nach Hegel ergeht nicht an den Willen und die Tat der einzelnen Persönlichkeit die absolute Anforderung, sondern, wie bereits Plato gelehrt hatte, „an die gegenständliche Ordnung der sitt-

[1]) Richtiges Recht, S. 177 ff; Theorie, S. 4, 17, 32 ff.
[2]) Kultur der Gegenwart, S. 502.
[3]) Kohler: Wesen und Ziele, S. 7.
[4]) Vgl. hierzu und zu den folgenden Anführungen Lask, S. 14—16.

lichen Welt selbst". Nicht die möglichste Vervollkommnung des einzelnen Individuums, sondern die „der sittlichen Welt" ist die Aufgabe und das Ziel des gesellschaftlichen Daseins. Als ein besonderes Verdienst sahen dabei Hegel und seine Epigonen[1]) auf dem Gebiete der Rechtsphilosophie es an, daß diese gesellschaftlichen Endzwecke nunmehr eine viel konkretere Gestalt gewonnen, daß „eine Fülle eigenartiger Ziele und Vorbilder, eine neue Welt von Lebensaufgaben und Bestimmungen entdeckt sei, die nicht dem Einzelnen in seiner Vereinzelung zukommen, sondern Lebensverhältnissen der menschlichen Gemeinschaft als solcher eigentümlich sind".[2]) Entsprechend der Aufdeckung dieser weltökonomischen Ideen soll sich die Rechtsordnung der mannigfachen Gliederung dieser Zwecke und Güter anpassen und zu einem organischen Ganzen zusammenschließen. Die Rechtsphilosophie speziell soll ihr objektives und reales Prinzip finden in der den einzelnen Lebensverhältnissen, wie Eigentum, Familie, Stand, Staat innewohnenden Bestimmung, dem τέλος der Platonischen Ideenlehre.

Es ist nun interessant zu sehen, wie diese Rechtsphilosophen bei aller Betonung der sittlichen Welt und eines das ganze All umfassenden Endzwecks doch sich scheuten, die Ergebnisse der Kantischen Individualethik in Bausch und Bogen abzulehnen. Zwar sträuben sie sich energisch gegen die ausschließliche Ableitung der gesellschaftlichen Welt aus dem Willens- und Persönlichkeitsbegriff, die Kantische Ethik sollte dadurch aber keineswegs angegriffen werden. Im Gegenteil wurde ohne weiteres zugestanden, daß nicht nur „eine Komprädikabilität, eine gegenseitige Ergänzungsbedürftigkeit zwischen Kantischer und Hegelscher Wertungsart" bestehe, sondern auch, daß der rechtsphilosophische Hegelianismus auch die „Idee der Persönlichkeit als das oberste τέλος der Rechtsordnung in den Bestand des Gemeinethos mit aufnehmen müsse".[3])

Mit diesem Problem hat sich die gesamte Rechtsphilosophie des neunzehnten Jahrhunderts abgemüht. Immer wieder ist versucht worden, einen eigenen für sich bestehenden Zweck der sozialen Zusammenhänge zu erweisen, ohne dabei mit der von dem achtzehnten Jahrhundert erkämpften Anerkennung des Individuums als eines absoluten Selbstzwecks in Konflikt zu geraten. Auch Kohler als Vertreter der neuen Richtung, wenn auch als selbständiger Schöpfer einer Rechtsphilosophie, die nur auf den Grundgedanken des Hegelianismus aufbaut, konnte an diesem Problem nicht vorübergehn. Seine

---

[1]) a. A. Stahl, Treudelenburg, Krause.
[2]) Lask, S. 16.
[3]) Lask, S. 17.

verhältnismäßig späte Stellungnahme im Gegensatz zu seiner Prioritätsbehauptung [1]) gegenüber der Stammlerschen Lehre wird im folgenden [2]) noch näher darzulegen sein.

§ 11.

Die Weltauffassung Hegels.

Schon vor Darwin hatte Hegel die Idee der Entwickelung betont und auf Recht und Wirtschaft angewandt. Um daher Wertvolles schaffen zu können, muß nach Kohlers Ansicht die Rechts- und Staatsphilosophie an Hegel anknüpfen. Hierzu übernimmt er den Entwickelungsgedanken von Hegel, aber er baut ihn selbständig aus. Und ebenso wie Stammler nicht restlos das Naturrecht alten Stils als Basis seiner Neuschöpfung erwählt, so bleibt auch Kohler nicht bei Hegel stehen.

Die Weltauffassung Hegels — und eine Weltanschauung ist nach Kohler unablässige Voraussetzung einer Rechtsphilosophie [3]) — war eine rein rationalistische. Seine Art zu denken und das Weltall zu begreifen basiert auf der von ihm in dieser Totalität zuerst vorgenommenen Sammlung und kritischen Sichtung der reinen Vernunftbegriffe. Diese so gewonnenen reinen Vernunftbegriffe alsdann dialektisch von einander abzuleiten und zu einem innerlich gegliederten System der reinen Vernunft auszubauen, darin lag das Hauptcharakteristikum der Hegelschen Logik. Wenn schon Fichte gefordert hatte, die Vernunft müsse völlig voraussetzungslos „rein aus sich selbst" das ganze System des Wissens deduzieren, so schließt sich Hegel dieser Forderung an, aber in völlig objektiver Weise. Mit dem einfachsten Vernunftbegriff, dem des reinen Seins, beginnend, entwickelt er von diesem aus das ganze System des reinen Vernunftwissens, indem er die Fortbestimmung der abstrakteren Begriffe zu konkreteren nachzuweisen sucht. Als Hebel zu dieser Entwickelung hatte er sich die dialektische Methode ersehen, die durch Negation von einem Begriff zum anderen fortschreitet.

Jegliche Position ist Negation, lehrt Hegel. Jedem Begriff haftet das Gegenteil seiner selbst an und leitet demgemäß über zu seiner Negierung in einem Entgegengesetzten. Jegliche Negation ist aber auch Position, Affirmation. Das Resultat eines

---

[1]) In Wesen und Ziele S. 4 schreibt Kohler: „Wenn man neuerdings derartige Wahrheiten (scl. die Relativität des Rechts) unter der Firma des richtigen Rechts ausgesprochen hat, so ist das an sich zutreffend, aber nichts neues, sondern längst in einfacheren Worten kundgegeben vorden, so bereits in dem ersten Satz meiner Schrift: Recht als Kulturerscheinung (1885)." Vgl. auch Kohler: Probleme, S. 13.

[2]) Im § 13 dieser Arbeit.

[3]) Vgl. a. a. O. Kohler: Probleme, S. 1, 13, 16.

negierten Begriffs ist nicht etwa das reine Nichts, sondern ein konkret Positives; es resultiert ein neuer, um die Negation des vorhergehenden bereicherter Begriff. So ist zum Beispiel die Negation des Eins der Begriff des Vielen. Auf diese Weise wird bei Hegel durch die Negation der dialektische Fortschritt gewonnen. Jeder zuvor gesetzte Begriff wird negiert und aus seiner Negation ein höherer, reicherer Begriff abstrahiert. Diese zugleich analytische und synthetische Methode hatte Hegel durch das ganze Gebiet der Wissenschaft durchgeführt.

Dem entsprechend vollzieht sich unsere geistige Entwickelung in der dreiteiligen Begriffsschablone der Thesis, Antithesis und Synthesis in der Art, daß von dem einmal gesetzten Begriff das Richtige bleibt und das Unrichtige vergeht. Und diese Kategorien des menschlichen Denkens übertrug Hegel auch auf die Art der Weltentwickelung. Ausgehend von der höchsten Synthesis, die darin gipfelte, daß das Sein gleich Denken und das Denken gleich Sein ist, fand er, daß die Entwickelung der Welt ebenfalls ein solches Setzen und Aufheben von Begriffen ist, daß das ganze Weltall sich ebenfalls in seinem Werden und Vergehen nach einer bestimmten Begriffsschablone entwickele.

§ 12.

Dieser völligen Vergleichheitlichung kann Kohler sich nun nicht vollkommen anschließen. Zwar hält er sie insofern für richtig, als das „Weltdenken" von unserem menschlichen Denken geschieden wird und „die zweckstrebenden Bewegungen im Weltall als eine Art unbewußten Denkens" betrachtet werden, „sofern auch in ihnen ein geistiger Gehalt, ein vernünftiges Fortschreiten, eine vernunftentsprechende Entfaltung zu bemerken ist".[1]) Ablehnen aber muß er die Vergleichheitlichung, sobald man sie in „vermenschlichender Weise gestaltet, indem man das Denken des Weltalls dem Denken des Menschen vollständig angliedert".[1]) Sobald man sich aber über diese Irrung der Hegelschen Philosophie erhebt, d. h. sobald man das Denken des Weltalls von dem menschlichen Denken scheidet, gelangt man zu dem Ergebnis: „Das Denken des Weltalls in Bezug auf den Menschen ist Kultur".[1])

Die Rechtswissenschaft und speziell die Gesetzgebung ist zwar von jeher als der Spiegel des Kulturlebens in seinen Höhen und Tiefen betrachtet worden, diese besondere Art der Wechselwirkung aber zwischen menschlicher Kultur und Rechtswissenschaft betont und als Grundlage einer idealistisch gefärbten Rechtsphilosophie verwertet zu haben, das ist die Tat Kohlers, das sind die Ergebnisse des Neuhegelianismus.

---

[1]) Kohler: Probleme, S. 8.

Die Hegelsche Entwickelung der Idee wird bei ihm hinsichtlich des Menschen zur Kulturentwickelung. Ausgehend von dem Gedanken, daß ein ständiger Kulturfortschritt stattfindet, der sich allerdings nicht in der regelmäßigen Dreitaktentwickelung vollzieht, sondern unterbrochen wird von vielen Störungen und mannigfachen Einschränkungen, wird bei ihm „die Kultur zum geistigen Unterpfand der Völker",[1]) zu dem gewaltigen, erstrebenswerten Endziel. Die Kultur des Erkennens einerseits und die Kultur des Neuschaffens, die wiederum nach der ästhetischen und naturbeherrschenden Seite hin differenziert werden muß, andrerseits, nur „auf diesem Untergrunde lassen sich die Erfordernisse des Rechts erkennen, als die Erfordernisse der immer fortschreitenden Kultur, der das Recht zu dienen hat, und nur auf diese Weise kann der wahre Zweck des Rechts zur Geltung gelangen".[2])

Wenn Kohler von einem wahren Zweck des Rechts spricht, so soll damit in erster Linie Ihering getroffen werden, der mit seinem Satz: Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts, es gibt keinen Rechtssatz, der nicht einem Zweck seinen Ursprung verdankt, seiner Zeit der ganzen neueren Richtung der Rechtswissenschaft die erlösende Antwort gegeben hatte. Diese Vorstellung über Wurzel und Wesen des Rechts genügt Kohler nicht. Ihering ist seiner Meinung nach nicht „über das dürftigste Gestammel"[3]) hinausgekommen, was die Art des Zwecks im Recht betrifft.

Kohler sieht tiefere Zusammenhänge. Nicht Glücklichkeitszwecke, nicht Zwecke des äußeren Erfolges, nicht Zwecke des Individuallebens sind die letzten Aufgaben des Rechts. Für den Neuhegelianer hängt der Zweck im Recht zusammen mit der ganzen Entwickelung der Rechtskultur, und diese kann wiederum nur auf dem Boden der Hegelschen Entwickelungslehre verstanden werden. Und aus ihr, und nur aus ihr, lassen sich die Zwecke im Recht ableiten. „Die Kultur aber ist die Entwickelung der in der Menschheit liegenden Kräfte zu einer der Bestimmung der Menschheit entsprechenden Gestaltung."[4]) Gleichwie Stammler ist auch er von der Relativität des Rechts überzeugt. Damit will er aber nur negativ festgestellt wissen, daß es kein für alle Zeiten giltiges absolutes Recht gibt. Wohl aber gibt es seiner Ansicht nach eine für alle Zeiten giltige Beziehungsnorm, nämlich die Beziehungsnorm zwischen dem

---

[1]) Kohler: Lehrbuch, S. 14.

[2]) Kohler: Lehrbuch, S. 17; vgl. Theorie, S. 515, wo Stammler den Begriff „Kultur" von Kohler nicht genügend präzisiert erachtet, um darauf ein rechtsphilosophisches System aufbauen zu können. Kultur ist nach Stammler „Ausbildung im Sinne des Richtigen".

[3]) Kohler: Lehrbuch, S. 16. Vgl. außerdem Probleme, S. 1.

[4]) Kohler: Probleme, S. 2.

Recht und der Kultur, „die nur eben bei der unendlichen Verschiedenheit der menschlichen Bildungszustände einen verschiedenen Inhalt annehmen muß“.[1]) Und damit das Recht seine Zwecke erfüllen kann, muß es so gestaltet sein, daß es die in der betreffenden Kultur schlummernden Entwickelungskeime möglichst fördert.

Kohler zeigt sich hierin als echter Anhänger seines Meisters und damit auch als Nachfolger Montesquieus. Denn Hegel gehörte bewiesenermaßen zu den größten Bewunderern des Franzosen.[2]) Montesquieu aber hatte bereits über die mannigfachen Beziehungen der Gesetze zu mannigfachen Dingen eingehende Untersuchungen angestellt und besonder die Notwendigkeit ihrer Anpassung an die Eigentümlichkeit des Volkes, für das sie gegeben werden, hervorgehoben. In seinem „Esprit des lois“ spricht er von einem „très grand hasard, si celles (les lois) d'une nation peuvent convenir à une autre“.[3]) Auch bei Kohler muß das Recht mit der Einzelseele sowohl als auch mit der Volksseele in Verbindung gesetzt werden. Aber er läßt es mit der Berücksichtigung der Eigenart und der besonderen Veranlagung des einzelnen Volkes nicht sein Bewenden haben — und darin liegt der Fortschritt gegenüber Montesquieu und Hegel —, sondern sodann ist vor allem nötig, die Stellung des Rechts „im Leben der Allwelt“ darzulegen.[4]) Erst auf diese Weise wird nach ihm erkannt werden können, ob es seinen letzten Zwecken entsprechend gestaltet ist. Denn offenbar ist nicht jedes irgend wie denkbare Recht einer Kulturperiode entsprechend gestaltet, sondern nur das Recht, „das dahin abzielt, gerade die in der betreffenden Kultur liegenden Keime zu entwickeln und dem Ideal dieser Kultur nahe zu kommen“.[5]) Und hierfür hält er nicht nur die ökonomischen Verhältnisse, sondern die ganze Denkweise der Menschheit von Bedeutung, vor allem auch die religiösen Bestrebungen. Ebenso wie das Recht dazu beitragen muß, dem Volk so viel an Wohlsein zu sichern, als nötig ist, um den Lebenstrieb und die Lust zum Schaffen zu erwecken und zu erhalten, ebenso muß das Recht dazu beitragen, die religiöse Idee zu fördern und ihre Verwirklichung zu sichern.[6])

Unter Zusammenfassung dieser Gesichtspunkte gelangt Kohler hinsichtlich der wahren Zwecke des Rechts zu dem Leitsatz: „Das Recht jeder Kulturperiode soll so gestaltet sein, daß es den Entwickelungskeimen eben dieser Kultur-

---

[1]) Kohler: Probleme, S. 2.
[2]) Vgl. Brie, S. 7.
[3]) Livre I, chap. 3. (zitiert nach Brie).
[4]) Kohler: Probleme, S. 14.
[5]) Kohler: Probleme, S. 12.
[6]) Kohler: Probleme, S. 13.

periode entspricht, daß es dazu beiträgt, die ihr gemäße Gestaltung zu sichern und zu fördern." [1])

§ 13.

Kohlers Stellung zur Methaphysik und zu der Individualitätsidee.

Nur wer eine Weltanschauung sein eigen nennt, nur der kann auch wahrhaft und nutzbar Rechtsphilosophie treiben. Wir verstehen jetzt diese immer wieder betonte Forderung Kohlers. Die heutige Weltphilosophie aber steht unter dem Zeichen der Metaphysik. [2]) Nach Kohlers Ansicht ist jeder tiefere Denker unserer Tage davon überzeugt, daß etwas hinter der Welt der Erscheinungen sein müsse, und daß die Vielheit der Erfahrung zu einer Einheit zu verbinden sei.

Wie nun Kohler im Bereich der Hegelschen Lehre das Identitätsdogma mit ihrem Panlogismus keineswegs aufrecht erhalten will, so darf aber auch andrerseits zwischen Denken und Sein keine unüberschreitbare Kluft gähnen, es muß vielmehr unsere ganze gesetzes- und begriffsbildende Tätigkeit im Zusammenhang stehen mit dem Walten der Natur. Daraus darf aber nicht gefolgert werden, daß Denken gleich Sein und Sein gleich Denken ist, sondern lediglich, daß beides „in einem höheren Stadium" sich begegnet, etwa wie zwei schiefe Ebenen, die in einer Linie sich begegnen. In den letzten Ausläufern berühren sich Denken und Sein und weisen darauf hin, daß die letzten Ziele des Geschehens mit unseren menschlichen Bestrebungen Zusammenhänge haben. Eine unendliche Fülle von Beobachtungen muß mit den Tiefen des spekulativen Denkens und den Zielen des innigsten menschlichen Wollens verbunden werden. [3])

Daraus folgt, daß keine Weltanschauung die große Frage unbeantwortet lassen darf, „wie wir uns zur Außenwelt stellen sollen, ob wir sie nur als das Ergebnis unserer eigenen inneren Vorstellung zu betrachten haben, oder ob unserer Vorstellung etwas Äußeres zugrunde liegt, das in gleicher Weise auch besteht, wenn wir uns selbst und unser ganzes Wesen wegdenken. [4]) Und weil es sich darum handelt, zu erforschen, welche Beziehung die Sinneserkenntnis zur Außenwelt hat, kann diese Frage nicht durch die Mittel der Sinneserkenntnis gelöst werden, sondern nur auf philosophischem Wege, denn diese Frage liegt über der sinnlichen Wahrnehmung. Daher ist auf der anderen Seite auch der Dualismus der Kantischen Schule mit ihrer ungeheuerlichen Übertreibung des Unterschiedes zwischen Subjekt und Objekt entschieden zu verwerfen.

---

[1]) Kohler: Probleme, S. 13.
[2]) Kohler: Wesen und Ziele, S. 11.
[3]) Kohler: Wesen und Ziele, S. 11 und 12.
[4]) Kohler: Probleme, S. 3.

Durch die Tat Hegels ist dieser Dualismus mit seinem unfruchtbaren Skeptizismus und dem „Ignoramus" inbezug auf die Außenwelt überwunden, ebenso wie die Annahme überwunden ist, daß Zeit und Raum nur auf unserer Vorstellung beruhen und eine Zutat unseres Geistes wären. Raum und Zeit sind kein Schein, sie walten vielmehr in der Welt der Erscheinungen. Ebenso muß eine Einheit und Vielheit der Wesen angenommen werden. Und das Kausalgesetz, das Gesetz der Ursächlichkeit gibt die Lösung des Gegensatzes zwischen Einheit und Vielheit: „Das Kausalgesetz verbindet die Einzelheiten zu einem großen Ganzen, es gibt damit zugleich der Geschichte ihren Halt; denn auch in der geschichtlichen Entwickelung sind die Einzelheiten durch das Gesetz des Grundes miteinander verknüpft, und dieses bildet die Gelenke und Fasern, welche die einzelnen Enwickelungsorgane zusammenhalten." [1])

Das ist das Dogma Kohlers, ein Dogma aber, das in relativer Weise verstanden werden soll. Denn mit diesem Glaubensbekenntnis verbindet sich die Überzeugung, daß der zeitlich-räumlich-ursächlichen Entwickelung ein zeit- und raumloses Ganze zugrunde liegt, ja, „daß die Entwickelung erst durch die Annahme eines solchen Ganzen verstanden werden kann, da die Entwickelung voraussetzt, daß die Zukunft bereits im Schoße der Vergangenheit und Gegenwart liegt". [2])

Wie nun niemals die Kultur einen Grad erreichen wird, von dem schlechtweg gesagt werden könnte: dieser ist der absolut vollkommene Ausdruck der in der Göttlichkeit liegenden Bestrebungen, sondern wie die Weltentwickelung nicht im Mittelpunkt, sondern in der Peripherie des göttlichen Wesens steht, nicht seinem Sein, sondern seiner ewigen Tätigkeit entspringt, so wird auch das Recht als wesentlicher Bestandteil der Kultur immer insofern mangelhaft sein, als ihm stets ein trübendes Element beigemischt ist, das mehr oder minder beseitigt werden kann. [3]) Insofern ist das jeweilig geltende Recht nicht nur entwickelungsfortschrittsfähig, sondern auch verbesserungsbedürftig.

Es ist nicht zu leugnen, die philosophische Betrachtungsweise Kohlers ist außerordentlich anziehend und erhebend: Das gewaltige Endziel soll sein eine großartige Schöpfung von Bildungswerten und ein gesunder kräftiger Völkerkreis, der stets fähig ist, neue und immer neue Werte zu erzeugen, um auf diese Weise zu der Erkenntnis des Ewigen in der Geschichte zu kommen und so den ewigen Göttern zugesellt zu werden, indem wir eine Vielheit von Geschlechtern mit unse-

---

[1]) Kohler: Probleme, S. 7.
[2]) Kohler: Probleme, S. 7.
[3]) Ebenda, S. 15.

rem geistigen Auge umfassen und eine Vielheit künftiger Generationen in bewußter Weise durch unser Tun beeinflussen.[1])

Die Ergebnisse der Kantischen Individualethik scheinen also für Kohlers Philosophie keine besondere Bedeutung zu haben. Denn nicht Zwecke des äußeren Erfolges, nicht Glücklichkeitszwecke, nicht Zwecke des Individuallebens sind die letzten Aufgaben des Rechts, sondern Erzeugung ewiger Lebenswerte ist das Ziel unseres Wirkens.

Und in der Tat ist ihm auch der Vorwurf gemacht worden,[2]) daß er die Bedeutung der einzelnen Persönlichkeit unterschätze, und daß seine Enwickelungslehre zu einer Art von Quietismus führe. Die Gegenwart gehe in seiner Philosophie vollkommen in der Zukunft auf, denn das Gegenwärtige werde stets nur als eine Entwickelungsform der Zukunft betrachtet. Zwar spricht Kohler schon in seinem „Recht als Kulturerscheinung" (1885) von dem Recht als demjenigen Vernunfterzeugnis, das einer jeden Individualität die ihr gebührende Sphäre anweist. Aber er gibt hier nur ganz allgemein zu erkennen, daß die Individualitäten in gedeihlichem Einzel- und Wechselverkehr die Zwecke des vernünftigen Daseins erfüllen sollen. Erst 1907 in seinen modernen Rechtsproblemen betont er ausdrücklich den Wert der einzelnen Persönlichkeit.[3]) Aber auch hier ist ihm die möglichste Vollendung des einzelnen Menschen nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck insofern, als das τέλος nur durch die Tat der vielen Einzelnen erreicht werden könne.

Seinen Standpunkt zu diesem Problem sucht er uns des Näheren in einem poetisch schönen Bilde deutlich zu machen, indem er unser ganzes Leben und Wirken mit den Mühen einer Schiffsbesatzung vergleicht, die mit dem Aufwand ihrer ganzen Kräfte zu arbeiten hat, damit das Schiff seine Bahn durchmißt. Wo aber das Schiff landen wird, wo das Ziel liegt, wissen die Schiffsleute nicht, denn am Steuer steht das Schicksal und gibt dem Schiff das Ziel, während sie, im Illusionismus befangen, vielleicht ganz anderen Zielen zustreben. Die Illusionen erfüllen die Menschen oftmals mit lebhaftem Eifer für scheinhafte Zukunftsgüter, aber was damit geleistet wird, kommt der wahren Kultur zu Gute. „Nie könnte das Schicksal zum Kulturfortschritt gedeihen, wenn nicht die Tat von tausend und abertausend Geistern dahinterstände, welche ihm bewußt und unbewußt zu Diensten sind. Was kann der Steuermann ohne die Hilfe der Schiffsmannschaft? Wir aber sind die Schiffsleute,

---

[1]) Kohler: Wesen und Ziele, S. 10.

[2]) Berolzheimer: System II, S. 439.

[3]) S. 17.

wir haben kräftig und tüchtig zu wirken, damit unser Fahrzeug um so schneller und gefahrloser auf dem Weg der Geschichte einherstreiche nach den Zielen der Menschheit hin." [1])

§ 14.

Universal-Rechtsgeschichte und -Rechtspolitik als Hülfsmittel der Rechtsphilosophie.

Dieses philosophische Fundament genügt nun Kohler an sich noch nicht, um eine Neubelebung und Fruchtbarmachung der Rechtswissenschaft herbeizuführen. Denn auch darin weicht Kohler von seinem Vorbild ab, daß er das Wesen und den Zweck des Rechts nicht aus reiner Vernunft, a priori, herleiten zu können glaubt. Für ihn ist diese Möglichkeit nur auf dem Erfahrungswege, empirisch, gegeben. Diese Erfahrung aber wird gewonnen durch eingehendes Studium der Rechtsgeschichte und Rechtspolitik. Während die Rechtspolitik als Technik — als Wissenschaft will Kohler sie nicht aufgefaßt wissen [2]) — die Aufgabe hat, jeweils dasjenige zu erforschen, was der gegenwärtigen Kulturordnung am besten entspricht, wird die Rechtsgeschichte, und zwar eine Rechtsgeschichte, die allumfassend als Universalrechtsgeschichte gedacht ist, zur Schwester der Rechtsphilosophie erhoben. Die Rechtspolitik soll mit den rechtsbildenden Kräften dahin streben, das der Kulturordnung am meisten Entsprechende auch zur Geltung und Anerkennung zu bringen. Obgleich ihr also nur die Bedeutung einer Technik zugesprochen wird, so ist doch die von ihr zu bewältigende Aufgabe keineswegs gering anzuschlagen. Denn daß eine möglichst vollendete Gesetzgebung von der höchsten Bedeutung für eine fruchtbare und gerechte Rechtsprechung ist, steht außer Frage. Ebenso ist es aber auch zweifellos, daß die gegenwärtige Art und Weise der Gesetzesschöpfung zu besonders erfreulichen Erfolgen nicht geführt hat. [3])

Bereits im Jahre 1905 hatte Kohler in einem Aufsatz [4]) auf die gegenwärtig der Technik der Gesetzgebung anhaftenden Mängel hingewiesen. Auch dort von dem Gesichtspunkt der Rechtsentwickelung als einer Kulturentwickelung ausgehend betont er die Bedeutung von sogenannten Fortschrittsvor-

---

[1]) Kohler: Probleme, S. 18.

[2]) Kohler: Wesen und Ziele, S. 10.

[3]) Vgl. de Niem: „Parlamentarismus und Gesetzgebung", in der Deutschen Juristen-Zeitung, Jahrgang 1909, S. 32; vgl. außerdem die Ausführungen im § 1 dieser Arbeit.

[4]) Kohler: Technik, S. 373. Vgl. ferner Geny: La technique législative dans la codification civile moderne im Livre du centenaire des Code civil II, p. 989 ff. Und Zitelmann: Die Kunst der Gesetzgebung 1905.

schriften für ein Gesetzbuch. Diese sollen so elastisch sein, daß sie dem Zuge der Zeit dienen können und Rechtsgedanken verwirklichen helfen, die zur Zeit des Gesetzes erst im Keime vorhanden sind. Denn diese werden wachsen und an Umfang und Intensität in einer Weise zunehmen, wie man dies zur Zeit des Gesetzes nicht geahnt hat. „Das Gesetz soll nicht nur das Abendrot einer vergangenen Kultur, es soll das Morgenrot einer neuen Bildung sein." Das sind die Aufgaben, die der Rechtspolitik zufallen.

Die Schwester der Rechtsphilosophie aber, die philosophische Betrachtung der Geschichte des Rechts, soll aus der Erkenntnis der Ordnungen der verschiedenen Zeiten die Wirksamkeit des Rechts innerhalb der Kulturkreise, in denen es eingerahmt war, zu erforschen suchen. Dabei ist aber zu beachten, daß Kohler diese Art des rechtsgeschichtlichen Studiums getrieben wissen will zum Zwecke der Aufsammlung von Material, das in seiner Verarbeitung der Rechtsphilosophie zu Gute kommen soll. Daher kann er sich auch kein erfolgreiches Wirken von jener Richtung versprechen, die Merkel vertritt, und die anstatt der Rechtsphilosophie eine Rechtslehre zu bilden versucht. Diese ganze Rechtslehre ist seiner Meinung nach nur eine ganz unfertige Rechtsvergleichung, durch die aus den zufällig dem betreffenden Juristen bekannten Rechten lediglich einige Abstraktionen zu schöpfen und einiges zu zergliedern gesucht wird.[1]) Kohler dagegen hält eine Rechtsvergleichung nur dann für nutzbringend, wenn sie auf Grund einer Universalrechtsgeschichte betrieben wird.[2]) Durch Urrechtsforschungen sollen von den ältesten Perioden an[3]) die Anfänge von Eigentum, Ehe, Schuld- und Erbrecht, Prozeß- und Strafrecht so weit geklärt werden, daß an Stelle von in der Luft schwebenden Spekulationen tatsächliche Forschungsergebnisse über diese Rechtsinstitute gesetzt werden können. Erst dadurch kann ermittelt werden, inwieweit das Recht den Kulturerfordernissen entsprach und inwiefern es sich allmählich den wechselnden Postulaten des Völkerwirkens gefügt hat. Erst so endlich kann dargelegt werden, wie die verschiedenen geschichtlichen Mächte auch außerhalb des bewußten menschli-

---

[1]) Kohler: Probleme, S. 16.

[2]) Auf den Ausbau der Universalrechtsgeschichte legt Kohler einen derartigen Wert, daß sogar sein Anhänger Berolzheimer die Ansicht äußert, daß bei Kohlers Rechtsphilosophie die Universalrechtsgeschichte sehr, vielleicht zu sehr, in den Vordergrund träte. Vgl. Berolzheimer: Deutsche Rechtsphilosophie, S. 134. Stammlers Stellung hierzu siehe in Theorie, S. 31.

[3]) Kohler behauptet sogar, daß über diese älteren Perioden sichere Erforschungsergebnisse vorliegen als über gewisse Perioden der griechischen und römischen Geschichte.

chen Wirkens in Tätigkeit waren, um die jeweilige Rechtsbildung und den Umschwung des geltenden Rechts zu vollziehen.[1] [2])

§ 15.

Berolzheimer als Nachfolger Kohlers.

Im Gegensatz zu Stammler hat Kohler seiner philosophischen Anschauung kein geschlossenes System gegeben. Der Neuhegelianer gibt lediglich den Rahmen an, in dem sich eine Wiederbelebung der Rechtsphilosophie auf Hegelscher Grundlage vollziehen muß. Seinem Anhänger Berolzheimer blieb es vorbehalten, mit einem groß angelegten Werk die neuhegelsche Kulturphilosophie zu einem geschlossenen System für Recht und Wirtschaft auszubauen. Seine beiden einschlägigen Schriften vom Jahre 1903[3]) sind geradezu Vorarbeiten für das den Neuhegelianismus zu einer rechtsphilosophischen Schule erweitende Hauptwerk, „System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie", 5 Bde. 1904—1907.

Auch Berolzheimer vertritt die Ansicht, daß die Neubelebung Kants für die Rechtsphilosophie keinen Aufstieg bedeute.[4]) Denn die absolute Methode, die philosophische Rechenmaschine ist ein holder Wahn. Für ihn hat die Entwickelungsidee vor allem auch die Relativität aller Erkenntnis gelehrt. Absolutes Wissen wird keinem Menschen jemals zuteil werden. Dieser Irrtum ist seiner Meinung nach in erster Linie auf Rechnung der Kantischen Philosophie zu schreiben. Denn seit Kant stellt man als Grundfrage auf: Ist die menschliche Erkenntnis real? Das ist eine ungerechtfertigte Verschiebung in der Fragestellung. Die unterste Erkenntnisfrage muß richtig lauten: W o r i n b e s t e h t die menschliche Erkenntnis? Als was erweist sich in Wahrheit die in Körperform erscheinende Welt? Die Antwort geht dahin, daß alle menschliche Erkenntnis bloßen Annäherungswert besitzt. Die Wahrheit ist ein Infinitesimalwert, der nur annäherungsweise bestimmt werden kann, und der Fortschritt der Wissenschaften offenbart sich regelmäßig als Verringerung des Annäherungskoëffizienten zur Erkenntniswahrheit.

---

[1]) Kohler: Wesen und Ziele, S. 10.

[2]) Um Material für eine umfassende Rechtsvergleichung zu gewinnen, ist zu diesem Zweck von Kohler im Verein mit von Bernhöft und Gg. Cohn eine eigene Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft herausgegeben.

[3]) „Rechtsphilosophische Studien", München 1903, und „die Entgeltung im Strafrechte", München 1903.

[4]) Vgl. zu diesen Ausführungen Berolzheimer: Hegel und Kant, in D. J. Z. 1907, S. 1005 ff.

Aber so eindringlich er betont, daß die „formale Methode" Stammlers ein Rahmen ohne Inhalt ist, und daß die leitende Idee in der ganzen Rechtsentwickelung, die sich als fortschreitender Emanzipationsprozeß, als unaufhörliches Ringen um Freiheit darstellt, durch den Neukantianismus nicht erkannt wird, so schroff wie der Meister steht der Jünger dem Neukantianismus nicht gegenüber. Ihm erscheinen Neuhegelianismus und Neukantianismus nicht als unlösbare Gegensätze, sondern als notwendige Ergänzungen. Ermöglicht wird für Berolzheimer diese Verknüpfung dadurch, daß er sich in seiner Weltanschauung zu einem Idealismus nach neuplatonischer Art bekennt, und Plato wird als Vorläufer gleicherweise von den Kantianern wie den Hegelianern in Anspruch genommen. Die neuplatonische Richtung nähert sich dann allerdings dem Neuhegelianismus, indem die neuplatonische Art die Ideen für das Reale hält und die Einzelerscheinungen als Ausflüsse des Ewigen und Göttlichen betrachtet, welches das Wesen des Wirklichen konstituiert.

Auch Berolzheimer geht bei seinem System von dem Grundsatz Kohlers aus: Alles Recht ist Kulturerscheinung. Das Recht tritt nach ihm in der Geschichte überall in dreifacher Gestaltung zu Tage. Ursprünglich ist es mit anderen Kulturelementen unvermischt verbunden. Das ist die religiös-rechtliche Epoche. Alsdann befreit sich das Recht aus der religiösen Umhüllung und gelangt in seine anethische Periode, um schließlich eine erneute Synthese mit der Ethik einzugehen. Es bleibt seinem Wesen nach Recht, wird aber ethisch fermentiert. Das ist die dritte, die sittlich-rechtliche Epoche, in der als der höchst erreichten Stufe der Rechtskultur alle Rechtsteile sittlich-rechtlich gestaltet werden und die Menschheitsidee im Recht und durch das Recht zur Anerkennung gelangt.[1])

Die Menschheitsidee, aus der heraus Berolzheimer den letzten der großen seit dem Mittelalter inaugurierten Emanzipationsprozesse, die erst in unseren Tagen zum Abschluß gelangte wirtschaftliche Befreiung der Besitzlosen aus dem Joch kapitalistischer Ausbeutung (Sozialethik) verstanden wissen will, bildet dann den glücklichen Übergang zu der Individualethik Kants und damit zu der Verknüpfung von Neuhegelianismus und Neukantianismus. Denn aus der Menschheitsidee resultieren für Berolzheimer schlechthin die Grenzen des Rechts

---

[1]) Die berühmte dreiteilige Entwickelungsschablone nach Hegel. Besonders hinsichtlich der zweiten, der anethischen Rechtsperiode, ist ihm der Vorwurf gemacht worden, daß sie konstruiert sei und nicht den Tatsachen entspreche. Vgl. Eleutheropulos, S. 16 und 17, Anmerkung.

und der Ethik.[1]) Die idealistische Philosophie kann in ihrer Neubelebung, durch Geschichte und Rechtsvergleichung gestützt, auf völkerpsychologischem Grunde emporsteigen zur Erfassung des ganzen Rechtsgebäudes aus einem einheitlichen, konstruktiven Prinzip. „Dieses Prinzip muß aber dem Fluß der Dinge gerecht werden, durch Erkenntnis der Kulturqualität des Rechts und durch Erfassung des Charakters der Gegenwartskultur = ethisch-rechtliche Gestaltung des gesamten Rechtsstoffes zufolge Anerkennung der Menschheitsidee in allen Rechtsteilen.“[2])

§ 16.

Die Vermittelungstheorie: v. Liszt, Makarewicz.

Wir sehen, ein neues, kräftiges Leben durchflutet die deutsche Rechtsphilosophie seit der Jahrhundertwende. Der Positivismus und die neue soziologische Wissenschaft, die anfangs eine beherrschende Stellung einzunehmen berufen schienen, werden immer mehr durch echte fruchtbare Philosophie zurückgedrängt.

Wenn von Stammlers Theorie behauptet worden ist, daß sein „richtiges Recht“ identisch sei mit dem zweckmäßigen Recht, und darum seine Lehre eine Fortsetzung der Iheringschen sei, so kann aber bei allen Ausstellungen seiner sonstigen Mängel, z. B. hinsichtlich der Verschwommenheit seiner Theorie, nicht verkannt werden, daß Stammler großzügiger verfährt als Ihering, indem er die Einzelzwecke auf einen Hauptzweck, den der „Gemeinschaft frei wollender Menschen“, zurückführt.[3]) Andrerseits aber hat auch Kohlers und Berolzheimers Neuhegelianismus etwas außerordentlich Anziehendes und Einleuchtendes. Bei der zwischen diesen beiden Polen ruhelos hin- und herpendelnden Neigung, sich der einen oder anderen Lehre als der lebenswahreren und fruchtbareren anzuschließen, war es ein gewiß glücklicher Gedanke, die Grundlehren der beiden Schulen zu vereinigen, um so eine endgültige Wirkung in der mittleren Linie zu erreichen.

Franz v. Liszt führte diesen Gedanken aus und warf aus Anlaß der Vorarbeiten für ein neues Strafgesetzbuch die Frage auf, ob wir bei der Schaffung neuer Strafgesetznormen die Stammlersche oder die Kohlersche Richtung zu Grunde legen sollen, ob wir aus dem Seienden das Seinsollende erkennen können und uns die vergleichende Darstellung des deutschen und des außerdeutschen Strafrechts den Maßstab geben kann,

---

[1]) [2]) Berolzheimer: Hegel und Kant, in D. J. Z. 1907, S. 1008.

[3]) Vgl. Grabowsky, S. 20.

mit dem wir die Vorschläge für unser künftiges deutsches Strafgesetzbuch als richtig oder unrichtig bestimmen können. Eine ganze Anzahl Fachgelehrter lehnte ohne weiteres die Möglichkeit ab, aus dem Gegebenen das „Seinsollende" eruieren zu können,[1]) da das Seinsollende Sache der wissenschaftlich undiskutierbaren Überzeugung sei; die Vergleichung noch so vieler geltender Rechte könne uns über ein richtiges Recht keinen Aufschluß geben, denn das Seinsollende lasse sich niemals aus dem Seienden deduzieren, ebensowenig wie aus dem Gewesenen und der sich aus ihm offenbarenden Entwickelungstendenz. Diese lasse eben nur das Werdende, das wahrscheinlich Zukünftige, nicht aber das Richtige erkennen.[2])

Diese Ansicht kann v. Liszt bei seiner hervorragenden Beteiligung an den vergleichenden Vorarbeiten für das neue Strafrecht natürlich nicht teilen. Abgesehen davon, daß diese Erklärung die normativen Wissenschaften überhaupt in Bann und Acht tut, würde damit gesagt sein, daß die ungeheure Arbeit der rechtsvergleichenden Studien vollkommen wertlos ist.

Stammlers „formaler Maßstab" und seine „Gemeinschaft der Freiwollenden" allein sind nun nicht die Grundlagen, die v. Liszt für die Aufdeckung eines gerechten Rechts geeignet hält. Denn mit dem formalen Maßstab Stammlers können die einzelnen Zwecke in ihrer Stellung zu der systematischen Einheit der Zwecke nur festgelegt und gewertet werden, wenn der letzte Zweck des gesellschaftlichen Lebens inhaltlich bestimmt wird. Das „soziale Ideal" Stammlers ist aber kein inhaltlich erfüllter letzter Zweck, sondern nur ein Maßstab.[3]) „Der beste Maßstab aber, sei es die Elle, sei es das Kilogramm, kann ohne Umdeutung aller Ausdrücke niemals als Ideal bezeichnet werden."[4])

v. Liszt will nun auf der Suche nach etwas, „an dem wir messen" — denn, „das, womit wir messen", steht ihm erst in zweiter Linie in Frage — die Idee der Stammlerschen Lehre „die systematische Einsicht des Seins" mit dem Grundprinzip der Kohlerschen Philosophie der Entwickelung verbunden wissen. Er betrachtet das Seiende nicht schlechtweg als das Urphänomen, als das Element, das sich nicht weiter zerteilen läßt und darum der Begreiflichkeit schwer zugänglich ist; er

---

[1]) U. A. Beling, Kohlrausch, Radbruch.
[2]) Vgl. v. Liszt, Bd. XXVII, S. 92.
[3]) Anderer Ansicht Dohna, vgl. S. 54 dieser Arbeit.
[4]) v. Liszt, Bd. XXVII, S. 93.

will vielmehr das Seiende in ein geschichtlich Gewordenes, in ein Entwickeltes auflösen.[1])

Bei der Anwendung des Evolutionsprinzips kann Liszt aber der Auffassung des Neuhegelianers auch nicht vollkommen folgen. Wenn Kohler es mit Hilfe der Evolutionstheorie als die Aufgabe unseres Wirkens die Erzeugung ewiger Lebenswerte hinstellt und die Menschheit in unendlicher Aufhäufung von Kulturwerten zur Gottähnlichkeit gelangen und den Weltprozeß im Ewigen aufgehen lassen will,[2]) so ergibt sich für v. Liszt aus dem Begriff der Entwickelung, daß bei seiner Anwendung auf das Zusammenleben der Menschen von einem „letzten" oder „höchsten" gesellschaftlichen Zweck niemals die Rede sein kann.[3]) Der Begriff der Entwickelung ist für ihn nur insofern von Bedeutung, als sich aus ihm eine Entwickelungstendenz ergibt, und aus dieser Entwickelungstendenz glaubt er einen Rückschluß auf das Seinsollende machen zu können, indem für ihn die Synthese des Seienden und des Seinsollenden den Begriff der Entwickelung ausmacht.

So aufgefaßt kann auch für Liszt nur aus dem Seienden das Seinsollende bestimmt werden, indem Werdendes und Seinsollendes insofern als identische Begriffe aufgefaßt werden. Denn nur aus der empirisch gegebenen Entwickelungsrichtung des im Staat organisierten gesellschaftlichen Lebens kann ein Schluß auf das Seinsollende gezogen werden. Diese so erkannte Entwickelungstendenz, also diese eigenartige Kombination von „Sein" und „Entwickelung" ist für Liszt das alleinige Mittel, das richtige Recht zu erkennen und festzulegen. Auf dieser Grundlage läßt sich seiner Meinung nach ein wissenschaftliches System der Politik aufbauen. Dabei ist auch er von der Relativität aller Erkenntnis überzeugt; von einem kategorischen Imperativ, der absolute Gültigkeit für sich in Anspruch nehmen könnte, will auch er bei dem Aufbau seines Systems nicht ausgehen. „Aber es muß ausgehen von der höchsten Aufgabe, die d i e s e m Staatswesen zu d i e s e r Zeit durch die g e g e b e n e n Verhältnisse gestellt ist."[4])

In ganz homogener Weise hat Makarewicz eine Philosophie des Strafrechts auf entwickelungsgeschichtlicher Grundlage systematisch aufzubauen gesucht. Auch er versucht dadurch ein originelles rechtsphilosophisches System zu schaffen, daß er die wertvollen Errungenschaften der bestehenden Schulen benutzt, ihre Vorzüge sich zu eigen macht, ihre offensicht-

---

[1]) Vgl. hierzu den Begriff der Entwickelung bei Kohler: Probleme, S. 17, Wesen und Ziele, S. 7, 8.

[2]) Kohler: Wesen und Ziele, S. 7, 9.

[3]) v. Liszt, Bd. XXVII, S. 94.

[4]) v. Liszt, Bd. XXVII, S. 95.

lichen Schwächen vermeidet und so eine neue Forschungsmethode zu begründen sucht. Makarewicz bezeichnet die Philosophie als die Lehre von dem Wesen des Rechts und dem Ideal im Recht. Denn sie soll nicht nur sein Wesen kennzeichnen, sondern auch ein Bild davon geben, was sein soll. Dieses Ideal, das Seinsollende, will auch er aus der Wirklichkeit, das Sollen aus dem Sein, den Wert aus dem Werdenden und seiner Entwickelungstendenz ableiten. Seine neue Rechtsphilosophie soll sich auf die Grundlage des Naturrechts stützen. Dieses muß aber durch den Begriff der Entwickelung entsprechend reformiert und dadurch der tatsächlichen Rechtsentwickelung näher gebracht werden. Alle Rechtsinstitute entwickeln sich seiner Meinung nach nach bestimmten Regeln, die mit mathematischer Sicherheit festzulegen sind. Mit Hilfe dieser Gesetzmäßigkeit kann man aber nicht nur ihre bisherige Entwickelung aufdecken, sondern auch das Endziel erweisen, nach dem die Evolution der betreffenden Institute hinzielt. „Die Rechtsphilosophie gibt nicht nur das Wesen des Rechts an, sondern sie stellt auch Bilder dessen auf, was sein soll, und auf Grund der Feststellung dessen, was ist, stellt sie Bilder dessen auf, wonach die Entwickelung strebt, dessen, was sein kann und sein muß.“ [1]) Und dieses zu erstrebende Endziel bildet das Ideal im Recht.

§ 17.

Die Wiederbelebung der übrigen rechtsphilosophischen Systeme.

Dieser lebhafte Kampf um ein philosophisches Fundament für ein gerechtes Recht zwischen Neukantianern und Neuhegelianern zeitigte naturgemäß auch wieder ein kräftigeres Sichregen der älteren Schulen, die um die Jahrhundertwende bereits eine führende Stellung innehatten. Da ist in erster Linie die psychologische Richtung [2]) zu nennen, vor allem Jellinek, ein Nachfolger Schopenhauers und Vertreter der Willenslehre. [3]) Sodann ist zu erwähnen die juristische Prinzipienlehre Bierlings, der im Gegensatz zu der Normentheorie Bindings auf die Anerkennung des Rechts seitens der Rechtsgenossen als konstituierendes Moment nicht verzichten zu können glaubt. [4]) Eine eigenartige Kombination versucht H. E. Mayer mit seinen

---

[1]) Makarewicz: Einführung, S. 14.

[2]) Vgl. Stammlers Stellung hierzu: Theorie, S. 156 ff.

[3]) Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage, Berlin 1905. System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Auflage, Tübingen 1905.

[4]) Juristische Prinzipienlehre, Band III, Tübingen 1905.

Rechtsnormen und Kulturnormen,[1]) indem er die Rechtfertigung des Rechts und die Verbindlichkeit der Gesetze daraus hergeleitet wissen will, daß die Rechtsnormen übereinstimmen mit den Kulturnormen, deren Verbindlichkeit das Individium kennt und anerkennt.[2]) In seiner kleinen Schrift „Ethische Werte im Strafrecht“[3]) sucht van Calker nach einem grundlegenden strafrechtlichen Beurteilungsprinzip. Zu neuem Leben ist endlich die Rechts- und Staatsphilosophie katholischer Richtung, die insbesondere durch Cathrein und G. v. Hertling vertreten ist,[4]) erwacht, und schließlich wäre noch die rechtsphilosophische Schule zu nennen, die auf naturwissenschaftlicher Grundlage die Wechselwirkungen zwischen Vererbung, Anpassung, natürlicher Auslese und geschlechtlicher Zuchtwahl einerseits und Gesellschaft, Staat und Recht andrerseits untersucht.[5])

Alles in allem ein verheißungsvoller Kampf, bei dem mir besonders erfreulich erscheint, daß sich bei aller anfänglich schroffen Gegenüberstellung allgemach ein Nachgeben und Entgegenkommen bemerkbar macht. Nur so wird in absehbarer Zeit der Boden vorbereitet werden, auf dem ein gerechtes Recht und eine gerechte Rechtsprechung gedeihen können.

---

[1]) Rechtsnormen und Kulturnormen, Belings strafrechtliche Abhandlungen, Heft 50, Breslau 1903.

[2]) Ebenda, S. 16.

[3]) Berlin 1904.

[4]) Cathrein: Recht, Naturrecht und positives Recht. Eine kritische Untersuchung der Grundbegriffe der Rechtsordnung. Freiburg i.B. 1901. G. v. Hertling: Recht, Staat und Gesellschaft, Kempten 1906.

[5]) Vgl. die erschöpfend bei Berolzheimer: Deutsche Rechtsphilosophie, S. 140, aufgeführten Vertreter dieser Richtung, deren Abhandlungen als Ergebnis eines Jenenser Preisausschreibens in der Sammlung „Natur und Staat“ (Jena 1903) veröffentlicht sind. Dabei ist zu bemerken, daß der unter dem 6. Teil aufgeführte Eleuteropulos sich in seiner Abhandlung: Rechtsphilosophie, Soziologie und Politik (S. 10, Anmerkung) energisch dagegen verwahrt, unter die Vertreter dieser Richtung (d. h. Recht und Staat auf dem Grunde der Deszendenztheorie zu erklären) gezählt zu werden.

Kapitel 3.

Die Freirechtsbewegung.

§ 18.

Das Vorspiel für den Kampf um ein gerechtes Recht.

Ohne Frage ist die philosophische Grundlage noch nicht genügend gefestigt, um schon mit einer praktischen Reform erfolgreich beginnen zu können. Und doch war erst kaum der Kampf Hegels contra Kant entfacht, als bereits ein nicht minder heftiger Kampf um die Reform entbrannte, ein Kampf, den Th. Niemeyer nicht mit Unrecht in Parallele stellt zur Staatsumwälzung in Portugal im Jahre 1910,[1]) und den man also als eine „Revolution im Recht" bezeichnen könnte. Diese Umwälzung auf dem Gebiete des Rechts, die unter der Bezeichnung „Freirechtsbewegung" in wenigen Jahren ein ungeheures Aufsehen erregt hat, und deren Ziele, um es gleich vorweg zu nehmen, in den gemäßigten Ausläufern von den meisten Fachgelehrten anerkannt sind, verdiente bei ihrer Entstehung tatsächlich den Namen einer Revolution. Denn es handelte sich zunächst um nichts mehr oder weniger als um die Grundlagen unserer gesamten Gesetzgebung und Gesetzesanwendung. „Unsere Rechtswissenschaft und unsere Justiz sind wie der greise Körper verkalkt an Hirn und Herz. Sie bedürfen samt unserem ganzen Gerichtswesen einer Erneuerung von Grund aus", lautet die Anklage und die Forderung eines der radikalsten Anhänger der Freirechtsbewegung.[2])

Abgesehen davon, daß bei dem Studium der Reformschriften mit einer Ausnahme das gänzliche Fehlen auch nur eines Versuchs, der Reform einen rechtsphilosophischen Stützpunkt zu geben, auffällt,[3]) fallen zwei Momente von bemerkenswerter

---

[1]) Niemeyer in D. J. Z. 1911, S. 29.

[2]) Fuchs: Gemeinschädlichkeit, S. 204.

[3]) Vgl. die Ausführungen im § 21 dieser Arbeit.

Eigentümlichkeit in der Entwickelung dieser Bewegung in die Augen. Zunächst ist zu bemerken, daß die Ursprünge bereits in dem Jahre liegen, in dem das bürgerliche Gesetzbuch in Kraft trat. Daraus erklärt sich zum Teil der Umstand, daß eine Freirechtsbewegung im eigentlichen Sinne nur auf dem Gebiet des Zivilrechts sich geltend macht. Die Jubelhymnen über ein endlich das ganze Vaterland beherrschendes bürgerliches Gesetzbuch waren kaum angestimmt, als Jung das bis dahin unbedingte Gültigkeit heischende Dogma von dem Willen des Gesetzgebers und der Lückenlosigkeit des Rechts anzutasten wagte und darauf hinwies, daß jedenfalls Lücken des positiven Rechts empfunden würden, die nicht durch logische Subsumption ausgefüllt werden können, sondern teleologischer Ergänzung bedürfen.[1]) Einen Schritt weiter geht dann Zitelmann, wenn er behauptet, der Richter fülle nicht eine Lücke aus, wenn er eine auf den konkreten Tatbestand passende Gesetzesnorm nicht vorfindet. Denn jedesmal wenn man von einer Lücke im Recht spreche, sei damit im Grunde nichts anderes gemeint, als daß das Rechtsgefühl eine anderweitige Lösung fordere. Gebe der Richter dem Drängen des Rechtsgefühls nach, so ändere er damit das Recht.[2]) Und mitten im Lager der radikalen Freirechtler wähnen wir uns zu finden, wenn Schlossmann konstatiert, daß wir die elendste Buchstabenjurisprudenz treiben würden, und der Rechtsapparat einfach in zahllosen Fällen versagen würde, wenn wir die zu allen Zeiten geübte und notwendige logische Gesetzesauslegung preisgeben würden, daß diese aber nicht eigentlich den Willen des Gesetzgebers wiedergebe, sondern eine rechtsschaffende Tätigkeit des Richters in sich berge,[3]) ein Ergebnis, das von Th. Sternberg negativ ausgedrückt lautet: „ein materieller Unterschied zwischen Interpretation und Gesetzgebung existiert nicht".[4]) Somit war der Boden vorbereitet für einen Stürmer wie den Karlsruher Anwalt Fuchs, der kurz entschlossen an der Hand eines großen Materials von gekünstelten und verunglückten Entscheidungen unser gesamtes Recht und alles, was mit Recht zusammenhängt, von Grund aus verdammt.[5])

Das zweite Moment, das mir in dieser Bewegung von besonderer Bedeutung zu sein scheint und das des weiteren noch eingehender hervorzuheben sein wird, liegt darin, daß am

---

[1]) Vgl. von der „logischen Geschlossenheit" des Rechts.

[2]) Vgl. Lücken im Recht.

[3]) Schlossmann, S. 32, ebenso Radbruch. Vgl. ferner Wurzel: Das juristische Denken, Wien 1904.

[4]) Th. Sternberg, S. 138, ebenso Rumpf.

[5]) Vgl. Stammlers ablehnenden Standpunkt in Theorie, S. 727 ff.

Anfang dieser Revolution nur Vernichtung, nur Negation die Losung ist, und daß allgemach aus der Negation eine Position entsteht. Nachdem lediglich das Schädliche und Unzulängliche unserer Jurisprudenz aufgedeckt ist, wagen sich allmählich auch positive Vorschläge hervor, die sich in ihrer Mehrheit zu einem brauchbaren systematischen Bau zusammenfügen scheinen.

§ 19.

Fuchs negative Kritik.

Lediglich auf Negation sind im großen und ganzen die Anklagen der Radikalen gehalten, unter ihnen vor allen die des Karlsruher Anwalts Fuchs. Reform an Haupt und Gliedern heißt seine Forderung, nicht etwa nur eine Reform der Gerichtsverfassung, von deren Umbildung unter Benutzung englischer Vorbilder sich der Frankfurter Oberbürgermeister Adickes alles Heil versprochen hatte. Für Fuchs ist eine „viel tiefer gehende geistige Revolution" ausgebrochen, die eine völlige Umgestaltung der gesamten Rechtswissenschaft zum Ziel hat. Infolgedessen wird auch kurzer Hand alles in den Staub gezogen, was irgendwie zur Jurisprudenz Beziehungen hat: Grundlagen und Aufbau des modernen Rechts, Gesetzestechnik und Gesetzesanwendung, Studium und praktische Ausbildung der Rechtsanwendenden usw. Die schärfsten Ausdrücke sind hierbei dem Verfasser genehm. Mit Worten wie „Begriffsjurisprudenz, Weltfremdheit, Professorenhochmut, Einpaukertum" spart er nicht. Er ist der Meinung „daß ein Mensch, der am kleinsten Schräubchen die kleinste Verbesserung erfand, fruchtbarer ist als die gesamten juristischen Werke mit allen ihren dogmatischen Konstruktionen zusammengenommen", und daß die Examensprüfung in dem heutigen Recht „nicht mehr, sondern viel weniger Garantie für einen guten Richter bietet, als etwa die Prüfung im Fußball- und Autosport".

Freilich „solche Leute und solche Schriften, die alles verdammen, hat es zu jeder Zeit gegeben". Es ist aber auch nicht zu verkennen, „daß der Zeitpunkt für die Fuchssche Schrift ein äußerst günstiger war. Sie ist im prophetischen Stile gehalten und kann auch nur unter diesem Gesichtswinkel verstanden und gewürdigt werden". [1] [2]

---

[1]) Hedemann, S. 117.

[2]) Die Schrift des Rechtanwalts Fuchs heißt: Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, Karlsruhe 1909. Sie besteht aus einer Sammlung einzelner vom Verfasser in verschiedenen Zeitschriften veröffentlicher Aufsätze. Daraus erklärt sich auch der Umstand, daß es in der Sammlung an einer durchgehenden systematischen Verarbeitung seiner Ideen mangelt.

Daher ist auch das Vorwiegen der negativen Kritk verständlich, und man ist sich auch in Kreisen, die im übrigen diesem Radikalen ziemlich fern stehen, darüber einig, daß Fuchs nach dieser Seite hin Hervorragendes und Bleibendes geleistet hat. Seinen Wahlspruch: Kampf bis aufs Messer der konstruktiven Jurisprudenz, setzt er mit zäher Energie und schlagender Beweiskraft durch. „Die Fuchssche Kritik wirkt hier vernichtend: Es zeigt sich die negative Seite. Unerhörte Begriffsspaltereien und konstruktive Spitzfindigkeiten selbst in der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes werden bloßgelegt. Das Spiel mit der Analogie und dem argumentum e contrario erscheint in seiner gänzlichen Nichtigkeit, so daß der Verfasser geradezu sagen kann, man könne jede Meinung, das Ja genau so gut wie das Nein, bei einer kontroversen Gesetzesstelle verteidigen.“ [1]) Und eng damit zusammen hängt die von Fuchs mit „Kryptosoziologie“ bezeichnete und gegeißelte Manier, ein Billigkeitsurteil zu suchen und dieses dann „mit List und Gewalt in irgend eines der üblichen Konstruktionsschemata“ zu pressen.

Dieser Kampf gegen die Begriffsjurisprudenz hat zu einer Kontroverse mit verschiedenen bedeutenden Richtern und Rechtslehrern geführt, [2]) in dessen Verlauf Fuchs seinen anfänglich schroffen Standpunkt aufgegeben und wesentliche Konzessionen gemacht hat. Nunmehr richten sich seine Angriffe nicht mehr gegen die Begriffsjurisprudenz als solche, sondern gegen die überwiegende Vorherrschaft der Begriffe. „Begriffe und Fachausdrücke hat jede Wissenschaft wie jede Kunst und jedes Handwerk. Aber die Begriffe sind in allen modernen angewandten Wissenschaften etwas Sekundäres. Es gibt dort keine Begriffsvorherrschaft, keine Findung von Wahrheiten aus Begriffen.“ [3]) Nicht gegen die Begriffe sondern gegen die Begriffspräponderanz geht der Kampf.“ [4])

Wir sehen, wir bekommen wieder festen Boden unter die Füße. Fuchs ist der Ansicht, daß er uns anstatt der alten Methode eine neue und vollkommen anwendbare geliefert hat, nämlich die induktive Methode auf Grund der soziologischen Rechtslehre: „Ersetzung der konstruktiven Jurisprudenz durch die soziologische.“ Es ist nur schade, daß wir den Begriff der soziologischen Rechtslehre aus seinen Schriften nicht klar er-

---

[1]) Hedemann, S. 120.

[2]) Unter anderen mit Sohm, Hölder, Mitteis, Vierhaus, Heck. Vgl. Deutsche Juristen-Zeitung Jahrgang 1909, S. 1019, 1026, 1038, 1169, 1273, 1457 und Deutsche Juristen-Zeitung Jahrgang 1910, S. 114.

[3]) Fuchs: Rechtslehre, S. 283.

[4]) Ebenda, S. 285.

fassen können. Die Wissenschaft der Soziologie ist ja eine so junge und noch derartig wesenlose, daß man von feststehenden und scharf umrissenen Begriffen, wie Fuchs es zu tun scheint, doch nicht ausgehen kann.[1]) Er selbst betont bei dem neu einzuschlagenden Weg immer wieder die notwendige Berücksichtigung des „Rechtsempfindens", des „Rechtsgefühls". Diese sollen die gesamte Rechtsprechung leiten. „Bei der induktiven Methode versenke ich mich tief in Menschen und Dinge und schöpfe aus ihnen heraus ihr Recht. Bei der deduktiv-konstruktionistischen Methode versenke ich mich in die Paragraphen und Präjudizien und Kontroversen und Kommentare und trage aus ihnen das Recht in die Tatsachen hinein. Bei der induktiven naturwissenschaftlichen Methode sind Hauptgegenstand der Jurisprudenz die Menschen und die Verkehrsbedürfnisse. Die gesetzlichen Normen sind nur Schranken, Wegweiser, gewisse Direktiven. Bei der deduktiven Methode suche ich höchstens hinterher das Produkt meiner dialektischen Begriffsstudien nach dem erwarteten Ergebnis etwas umzubiegen."[2]) Aber sicher ist, daß derartige „Direktiven" ein Äquivalent für die gangbare Rechtsfindungsmethode nicht bilden, daß vor allem aus seinen Vorschlägen ein einheitlicher Maßstab, an der Hand dessen alle Schwierigkeiten der Rechtsprechung überwunden werden könnten, nicht entnommen werden kann.

Nun sind zwar viele Anhänger der freirechtlichen Bewegung der Ansicht, daß sie eines einheitlichen Maßstabes entbehren können, wenigstens eines Maßstabes, der dem Bereich der Außenwelt entnommen werden müßte. Ihnen gilt eben das subjektive Rechtsempfinden als „einheitliche Zentralinstanz" (Rundstein). Als weitere Forderung wird dann allerdings auch noch die große Richterindividualität aufgestellt, wie es bereits Adickes getan hat und von den Radikalen als conditio sine qua non betrachtet wird. Das damit aber, abgesehen davon, daß es schwer fallen wird, die Anzahl von bedeutenden Richterpersönlichkeiten zu finden, wenig gewonnen und vor allem eine einheitliche Rechtssicherheit verbürgende objektive Rechtsprechung unmöglich ist, hat Rundstein bereits in einem feinsinnigen Aufsatz bewiesen.[3])

Etwas Positives hat Fuchs also nicht an Stelle des Alten zu setzen vermocht. Am besten wird seine Tätigkeit auf dem Gebiete der Freirechtsbewegung durch die Worte Hedemanns charakterisiert: „Es bleibt eigentlich nichts übrig als der allgemeine Rat: Gesünder denken, weniger Konstruktion und mehr Lebenskenntnis! Aber dieser Rat wird bei Hunderten,

[1]) Vgl. Theorie, S. 733 ff.
[2]) Fuchs: Rechtslehre, S. 285.
[3]) Rundstein, S. 12 ff. Vgl. außerdem Gareis, S. 28—34.

die die geistreiche Schrift gelesen haben, haften bleiben, und das ist dann das Viel. Wir können deshalb dem Verfasser ruhig unseren Dank sagen, so wie wir etwa einem groben Hausarzt danken, der uns durch nichts weiter als den allgemeinen Rat geholfen hat: Gesünder leben, mehr Bewegung und weniger Alkolhol.“ [1])

Fuchs scheint auch selbst die Überzeugung gewonnen zu haben, daß seine positiven Vorschläge eine Utopie sind. Neuerdings schließt er sich unmerklich an Danz an, den er anfangs bekämpfte. [2])

§ 20.

Stampes Reformidee.

Auch Stampe (Professor in Greifswald) gehört zu den Ganzradikalen der Freirechtsbewegung. Auch er geißelt mit scharfen Worten die alte Rechtsfindungsmethode, die er für „unwissenschaftlich“, für eine „soziale Gefahr“ hält und er bedenkt das Reichsgericht mit Worten wie „Tohuwabohu an Inkonsequenz, Unlogik und Unbilligkeit“. Aber Stampe begnügt sich nicht mit dem Kampf gegen die Begriffsjurisprudenz. Seine Reformidee, die zwar auch in dem Begriff „Rechtsgefühl“ wurzelt, gewinnt schon im Gegensatz zu Fuchs etwas mehr Leben und Farbe. Nicht „Rechtsfindung durch Konstruktion“, sondern „Rechtsfindung durch Interessenwägung“ verheißt ihm die Verwirklichung eines gerechten Rechts. Durch bloße analytische, deduktive Behandlung des Gesetzestextes und insbesondere durch bloße Auslegung der gesetzlichen Vorschriften kann ein als gerecht empfundenes Recht nicht erzeugt werden; diese Möglichkeit ist nur durch die Gefühlsjurisprudenz gegeben, die sich leiten läßt von der Rücksichtnahme auf die „als vorwiegend schutzwürdig befundenen Interessen“. [3]) [4])

Zu diesem Zweck ist es natürlich nötig, daß der Richter von der Bindung an die gesetzlichen Normen befreit ist, und diesen Standpunkt vertritt auch Stampe expressis verbis, ja er will dem Richter geradezu eine Befugnis zur Abänderung des Gesetzes erteilen. Infolgedessen soll die Interessenwägung

---

[1]) Hedemann, S. 125.

[2]) Vgl. Fuchs: Rechtslehre, S. 288 und die Ausführungen im § 22 dieser Arbeit.

[3]) Stampe, S. 17. Auch Stampes Arbeit besteht aus einer Zusammenstellung mehrerer Aufsätze, die in der Deutschen Juristen-Zeitung erschienen sind.

[4]) Daß diese beiden scheinbar heterogenen Arten der Rechtsprechung nicht im scharfen Gegensatz stehen, hat Rundstein in seiner bereits zitierten Abhandlung (S. 6) dargetan.

auch nicht im Dienste des Gesetzes und der damit verbundenen Konstruktion stehn, sondern soll dem Richter Selbstzweck sein. Er geht noch einen Schritt weiter und versucht uns einen systematischen Aufbau seiner neuen Rechtsfindungsmethode zu skizzieren. So will er vor allem die Gruppierung der Rechte nach der alten Methode in obligatorische und dingliche, relative und absolute beseitigt wissen und von dem Standpunkt und der Bedeutung ausgehen, den die Rechtsinstitute im Interessenkampf einnehmen. Alsdann ergeben sich Gruppierungen wie Wertzuweisungs-, Wertausscheidungs- und Wertbewegungsgeschäfte. Nicht das Recht, sondern der Wert soll die Grundlage seines neuen Systems der Rechtsbegriffe bilden. [1])

Daß aber mit dieser Art der Rechtsprechung, auch wenn sie nicht vom Wege des „sozialen Instinkts", der „Gerechtigkeit" abweicht, irgend ein allgemeingültiger Maßstab nicht gefunden und mithin auch eine Gewähr für regelmäßige objektive Rechtsentscheidungen nicht geboten wird, darüber ist man sich auch in freirechtlichen Kreisen einig. Zunächst wies Gareis darauf hin, [2]) daß das „freie Gemeinschaftsrecht" mit seiner besonderen Berücksichtigung der als vorwiegend schutzwürdig befundenen Interessen praktisch nur dann von Bedeutung sein könne, wenn es nicht lediglich vom willkürlichen Subjektivismus geleitet, sondern wenn es seinen Ausgang nähme vom „herrschenden Gemeinwesen". „Das Recht, nach welchem die Gemeinwesen leben, ist nun einmal Gemeinwesens-, nicht meine Individualsache, eine soziale oder Massensekretion, und nicht, was ich für Recht halte, sondern was das Gemeinwesen, dem ich angehöre, für Recht hält, ist Recht." [3]) [4]) Aber auch die Erfüllung dieser Forderung führt noch zu keinem Resultat. Mit Recht macht Rundstein darauf aufmerksam, daß auch der Rechtssinn des herrschenden Gemeinwesens auf Irrwege führen könne, da ja auch die „Unkultur" die ihr entsprechende Rechtsordnung habe (Kohler), und daß für den nach Interessenmomenten und freier Rechtsanschauung entscheidenden Richter die soziale Gerechtigkeit nur dann von Bedeutung sein könne, wenn sie mit seinem indivi-

---

[1]) Interessant ist, daß gleichzeitig ein diametral entgegengesetzter Standpunkt vertreten wird von Meumann: Observations sur le système du droit privé. Aus dem Mémoire publié à l'occasion du Jubilé de l'Université. Genf 1909. Zitiert nach Hedemann, S. 133.

[2]) Gareis, S. 30.

[3]) Gareis, S. 30. Vgl. ebenda auch: „Nicht jedes Gemeinwesen ist geeignet, Recht zu setzen, nicht eine Kamorra, eine Maffia, eine Räuberbande oder Spielergesellschaft; nur dasjenige Gemeinwesen, welches herrscht, kann und darf darüber entscheiden, was Rechtens, was als Recht zuzulassen sei.

[4]) Vgl. auch Lazarsfeld, S. 20, 21.

duellen Rechtsgefühl übereinstimmt.[1]) Dabei ist nach Rundstein noch ohne weiteres angenommen, daß dieser Richter in folge seiner bedeutenden Persönlichkeit die einzig richtige, den Zwecken der sozialen Entwickelung entsprechende Auffassung, sozusagen als „Prophet des Rechts", offenbaren kann.[2]) Mit anderen Worten: Auch hier kann niemals von einer Sicherheit und Vertrauen erweckenden Rechtsprechung die Rede sein. Denn jede Richterindividualität, sofern ihr tatsächlich die Attribute einer Persönlichkeit zukommen, weist ihre besondere Rechtsauffassung auf, und so viele Richter, so viele Rechtsauffassungen; „und wenn man erwägt, daß das unkontrollierbare Rechtsbewußtsein sehr oft die Willkür nur verdeckt, wird man wohl verstehen, daß die streng durchgeführte Differenzierung noch gefährlicher sein kann als der zentripedale einheitliche Maßstab des richtigen Rechts, dem der Richter — mag er auch ein Genie sein — gehorchen soll".[3])

§ 21.

Kantorowicz philosophische Grundlage einer praktischen Reform.

Seine Kritik Stammlers.

Bei dem Studium der radikalen Freirechtler, die im großen und ganzen also der Ansicht Geltung verschaffen wollen, daß bedeutende Richterpersönlichkeiten aus ihrem Rechtsgefühl, aus ihrem Rechtsbewußtsein heraus die Entscheidungen zu treffen haben, ohne an positive Normen gebunden zu sein, ist es, wie schon angedeutet, auffallend, daß bei ihnen von einer philosophischen Grundlage keine Rede ist. Und doch sollte man glauben, daß gerade für sie, die als Zentralinstanz ein derartig allgemeines und schwer bestimmbares Kriterium wie das Gefühl erwählt haben, ein philosophisches Fundament nicht nur ganz unentbehrlich, sondern auch leicht zu finden und mit ihren Ideen zu verknüpfen sei. Hermann U. Kantorowicz[4]) trägt dieser Erwägung zuerst Rechnung und versucht, den radikalen Reformbestrebungen, das heißt der Befreiung des Richters vom Gesetz, einen philosophischen Stützpunkt zu geben.

Von der Ansicht ausgehend, daß es sich zunächst nur darum handeln kann, dieser Befreiung Geltung zu verschaffen,

---

[1]) Rundstein, S. 13.

[2]) Ebenda, S. 14.

[3]) Rundstein, S. 15.

[4]) Hermann U. Kantorowicz unter dem Pseudonym „Gnaeus Flavius": Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906.

ist ihm jedwede Nuanzierung innerhalb dieses Rahmens recht, während er persönlich allerdings in praktischer Beziehung einer gemäßigten Ansicht huldigt.[1]) Ein freies Recht aber ist die erste Voraussetzung, um das Vertrauen zur Rechtspflege wieder herzustellen. Wie das Naturrecht ein von staatlicher Anerkennung unabhängiges Recht war, so ist das freie Recht der Boden, aus dem staatliches Recht erwächst. Aus freiem Recht muß daher ein geschlossenes Normensystem aufgebaut und müssen seine Lücken ausgefüllt werden. Und als Quelle, aus dem das freie Recht unablässig neue Nahrung ziehen kann, kommt nur die Wissenschaft in Betracht. Mit diesem Begriff, mit dem die ältere historische Schule vielfach gespielt hat, will er endlich Ernst gemacht haben. Die freie Rechtsschöpfung dient der Gerechtigkeit, denn nur wo Freiheit ist, kann auch Gerechtigkeit sein. Nur wo statt unfruchtbaren Tiftelns ein schöpferischer Wille neue Gedanken zeugt, nur wo Persönlichkeit ist, ist Gerechtigkeit.[2]) Eine große Richterpersönlichkeit, mit anderen Worten ein Charakter muß als hervorstechenden Zug einen energischen, schöpferischen Willen besitzen. Wir sehen, worauf seine Philosophie hinauslaufen muß. Auf den Voluntarismus.

Es kann daher denn auch nach seiner Ansicht mit der Rechtswissenschaft nur Ernst gemacht werden, wenn sie sich dem Zuge der Geisteswissenschaften im 19. Jahrhundert anschließt und in ihre voluntarische Phase tritt. Und wer als Vorbild, als Grundlage infolgedessen zu benutzen ist, liegt ebenso nahe: Schopenhauer. Zwar kann er seine abstrakte Spekulation, seine Willensmetaphysik nicht gebrauchen, wohl aber seine Hypothese über den Primat des Willens.[3]) „Immer ist es der Wille, der den Verstand am Gängelband führt." Eine große Richterindividualität wird vor allem den Willen zum Recht haben. Dabei ist er sich vollkommen klar, daß durch diese Art der Rechtsprechung ein übereinstimmendes Urteil in gleichen oder ähnlichen Tatbeständen niemals erzielt werden wird. Das ist aber bei seiner Anschauung über die Gerechtigkeit, die nicht einfach eine zu findende Tatsache sein kann, auch nicht nötig und nicht einmal wünschenswert, ebensowenig wie es möglich ist, eine übereinstimmende Meinung über eine Handlung oder ein Kunstwerk zu erzielen.[4]) [5])

Daß bei der immer wieder betonten Forderung einer großen Richterpersönlichkeit dieser Voluntarismus verführerisch

---

[1]) Vgl. die Ausführungen weiter unten in diesem Paragraphen.
[2]) Gnaeus Flavius, S. 47.
[3]) Ebenda, S. 22; vgl. Stammlers Standpunkt hierzu in Theorie, S. 68.
[4]) Ebenso: Grabowsky, S. 53.
[5]) Vgl. die Ausführungen weiter unten in diesem Paragraphen.

nahe lag, ist verständlich, daß es sich aber tatsächlich mit den Wechselbeziehungen zwischen Verstand und Willen gerade umgekehrt verhält, bedarf seit Kants kritischer Tat keiner Erörterung. Unger wies denn auch sofort auf die Unhaltbarkeit dieses Versuchs, der radikalen Freirechtstheorie eine philosophische Grundlage zu geben, hin. „Wenn der Wille etwas wollen soll, so muß er zuerst eine Vorstellung von diesem Etwas haben. Wie soll der Wille eine bestimmte Richtung nehmen, wenn er nicht vorher weiß, worauf er sich richten soll? Erst erkennen, dann wollen: erst Vorstellung, dann Wille. Die richterliche Entscheidung geht zuerst aus dem Verstande, hierauf erst aus dem Willen hervor: weil der Richter erkannt hat, daß dies oder jenes recht sei, spricht er es im Urteil als Recht aus. Der Richter fällt seinen Spruch, weil er ihn für gerecht hält, nicht aber hält er seinen Spruch für gerecht, weil er ihn gewollt und gefällt hat.“ [3] [4] [5] [6] Des Verfassers Hauptverdienst liegt nun auch nicht in diesem Versuch, der Emanzipation des Richters vom Gesetz einen philosophischen Stützpunkt zu geben, als vielmehr in seiner kritischen Arbeit über Stammlers „richtiges Recht“.

Wir haben gesehen, daß die Fiktion eines allen bedeutenden Richtern innewohnenden gemeinsamen Rechtsbewußtseins als einer einheitlichen Größe, die nicht differenziert zu werden braucht, unhaltbar ist, daß sie vielmehr je nach den verschiedenen Sozialkreisen und den verschiedenen Nationalitäten in national gemischten Staaten ein außerordentlich variierendes Moment sein wird, und daß es daher als allgemeingültiges objektives Kriterium nicht in Betracht kommen kann. Hier ist nun der Punkt, wo Stammler mit seinem formalen Maßstab einsetzt. Es ist einleuchtend, daß bei Aufstellung eines formalen Maßstabes, der als allgemeingültige Methode Geltung

---

[1]) Unger in D. J. Z. 1906, S. 786; vgl. Theorie, S. 68 ff.

[2]) Ebenso Dohna: Juristisches Literaturblatt Nr. 177, Bd. XVIII, Nr. 7 (1906), S. 157—158.

[3]) Vgl. Gierke: Deutsches Privatrecht I, § 15, 5: Das Recht wurzelt in der Überzeugung. Seine Sätze sind in ihrem wesentlichen Kern Vernunftaussagen über die zu einer gerechten Lebensordnung erforderlichen Willensabgrenzungen. . . . . Seiner inneren Substanz nach ist das Recht nicht Wille.

Ebenso Loening, S. 16: Ein Wille an sich kann niemals Recht sein oder Recht begründen; dazu muß er sich erst selbst als berechtigt gegitimieren.

[4]) Durch eine Synthese von Verstand und Willen und durch den daraus gewonnenen Begriff vom Verständigungswillen versucht ten Hompel einigen Rechtsproblemen die Lösung zu bringen, wie z. B. der freien Wollensbedingung im Probekauf, ohne jedoch auf dem Boden der Freirechtsbewegung, auch nicht der gemäßigten, zu stehen. Vgl. ten Hompel S. 21 und außerdem sein Hauptwerk: Der Verständigungszweck im Recht, Berlin 1908.

beansprucht, und der weder empirisch bedingt noch aus ungefährer geschichtlicher Betrachtung zusammengetragen werden darf,[1]) die Gefahr des differenzierenden Rechtsgefühls vermieden wird. Nach dieser formalen Methode, dem Grundgedanken des sozialen Ideals, soll der empirisch sich aufdrängende Stoff des geschichtlichen Rechts gerichtet werden.[2]) Dabei kann nach Stammler die formale Methode, die lediglich einen normkritischen Maßstab bieten soll, keine inhaltlich feststehenden und konkret bestimmten Sondersätze liefern, an denen die Richtigkeit des anzuwendenden Rechts gemessen werden könnte; sie können also nicht als positive naturrechtliche Sätze verwendet werden. Da aber das als Idee des richtigen Rechts bezeichnete soziale Ideal nicht ohne Hülfsmittel im konkreten Fall angewandt werden kann, wird von Stammler, wie bereits ausgeführt, ein System von Grundsätzen, der des Achtens und Teilnehmens, und das gedankliche Hülfsmittel der „Sondergemeinschaft" zur Ermöglichung der praktischen Anwendung aufgestellt.

Während nun Stammler selbst seinen formalen Maßstab nur in den Fällen des sogenannten gelinden Rechts, d. h. in den Fällen, in denen das Gesetz „die Beteiligten auf eigenes Suchen des richtigen Rechts" hinweist, niemals aber gegen den Wortlaut des Gesetzes angewandt wissen will,[3]) wäre es wohl denkbar, daß die Freirechtsbewegung sich diesen Maßstab als „entscheidende Zentralinstanz" (Rundstein) für ihre Zwecke nutzbar zu machen versuchte, um so den Gefahren der Gefühlsjurisprudenz zu entgehen. Stammler will mit dem formalen Maßstab prüfen und entscheiden, ob im konkreten Fall die Tatsachen des sozialen Lebens dem formalen Prinzip freiwollender Menschengemeinschaft, den objektiv berechtigten Zwecken dieser Gemeinschaft entspricht. Wird bei dieser Prüfung die Übereinstimmung des konkreten und empirisch bedingten Normeninhalts mit dem formalen Maßstab festgestellt, so können auch gewisse Folgerungen ausgesprochen werden, z. B. daß der Eintritt dieser Rechtsfolgen stattfinden soll oder wenigstens erstrebt werden darf. Andrerseits muß der Eintritt dieser Rechtsfolgen verneint werden.

Ohne Frage wäre mit dieser Art der Rechtsanwendung das Hauptproblem der Freirechtsbewegung, einen außerhalb des geltenden Rechts liegenden Wertungsmaßstab zu finden, gelöst, vorausgesetzt, daß die normkritische Anwendung des formalen und als objektives Wertungsmoment zu benutzenden Maßstabes auch ein objektives Ergebnis erzielen würde. Diese

---

[1]) Richtiges Recht, S. 204.
[2]) Kultur der Gegenwart, S. XL.
[3]) Vgl. Richtiges Recht, S. 252 ff.

schöne Hoffnung hat Kantorowicz mit seiner kritischen Arbeit über Stammlers Lehre gründlich zerstört. Nachdem er zunächst dargetan hat, daß die Idee des richtigen Rechts als Wesenseinheit aufgefaßt überhaupt keinen irgendwie greifbaren Sinn gibt, da Stammler nirgends eine unzweideutige und einheitliche Definition seines richtigen Rechts aufstellt, wie denn überhaupt jede seiner Definitionen entweder gegen das Kriterium der Eindeutigkeit oder gegen das der unbezweifelbaren Realität verstößt, untersucht er die Möglichkeit, ob der Stammlersche Maßstab dann vielleicht mit Erfolg anzuwenden ist, wenn das richtige Recht als bloße Wirkungseinheit aufgefaßt wird. Aber auch bei dieser Auffassung kommt Kantorowicz zu dem Ergebnis, daß ein derartiger objektiver Maßstab bei seiner normkritischen Anwendung zu objektiven allgemeingültigen Ergebnissen nicht führen kann.[1]) Zwar kann das Objektive als Ideal aufgestellt werden, das eben als Ideal der Wertung nicht zugänglich ist, sobald es aber „als Moment des normkritischen Erkennens absolute Geltung in thesi beanspruchen will, kann es nicht in abstrakter Gestalt hervortreten, da eine auf der objektiv-ideellen Grundlage vorgenommene Wertung nur subjektiv sein kann".[2]) Denn eine Möglichkeit der Nötigung zur Anerkennung ihrer Wahrheit gibt es auf dem Gebiete der Werte nicht: niemand kann genötigt werden, einem Gegenstand einen bestimmten Wert zu erteilen oder durch ihn in sich ein bestimmtes Gefühl erregen zu lassen. Je nach der Verschiedenheit der wertenden Individualität wird auch das Ergebnis der Wertschätzung ein verschiedenes sein, da „es zwar eine objektive Richtigkeit auf dem Gebiete des Erkennens, nichts dergleichen aber auf dem Gebiet des Fühlens, Sollens und Wollens gibt und geben kann", da „es zwar Wahrheit gibt an sich, Werte aber nur für mich, für dich, für uns, für geschichtlich gegebene individuelle oder kollektive Persönlichkeiten".[3])

Um dem Subjektivismus, dem die freie Rechtsfindung auch bei dem formalen Maßstab ausgesetzt ist, zu entgehen, schlägt Kantorowicz einen inhaltlich bestimmten Maßstab vor, der als Mittelding zwischen den formalen und den materiellen Kriterien nur einen Verweisungssatz enthält, „ohne den Inhalt der als maßgebend anerkannten Zentralinstanz schablonenmäßig und schematisch zu bestimmen".[4]) Es ist dies die neue Art der freien Rechtsprechung, die in zweifelhaften Fällen nicht nach dem Sinn des Gesetzes eine Analogie angewandt wissen will,

[1]) Kantorowicz, S. 55—60.
[2]) Rundstein, S. 21.
[3]) Kantorowicz, S. 63.
[4]) Rundstein, S. 23.

sondern die unabhängig von jeder Gesetzesnorm nach dem Schema eines normalen Gesetzgebers urteilen will. Kantorowicz will diesen Maßstab gelten lassen in zwei Fällen: einmal, wenn der klare Wortlaut des Gesetzes eine Entscheidung nicht ermöglicht, und ferner dann, wenn der Richter überzeugt ist, daß der damalige Gesetzgeber bei dem vorliegenden Tatbestand die Entscheidung abweichend von derjenigen gefällt haben würde, die das Gesetz verlangt.[1])

Dieser Maßstab hat ohne Zweifel den Schein einer gewissen Garantie für sich, da sich der nach ihm richtende Richter seines subjektiven Rechtsempfindens enthalten muß. Infolgedessen hat auch eine moderne Kodifikation, das Schweizerische Zivilgesetzbuch im Artikel 1, durch Aufnahme dieses Maßstabes der modernen Bewegung wenn auch in beschränktem Umfang Rechnung getragen.[2]) [3])

§ 22.

Der Übergang zu den gemäßigten Reformideen. Jungs „positives Recht". Rumpfs „Gesetz und Richter". Schmölders „Billigkeit".

Die Geschichte dieser Bewegung von den ersten schüchternen Angriffen gegen die Geschlossenheit des positiven Rechts bis zur Aufnahme eines derartigen Gedankens in eine moderne Kodifikation, daß der Richter in gewissen Fällen selbstschöpferisch als Gesetzgeber urteilen soll, bedeutet in Anbetracht des Zeitraumes von noch nicht einem Dezennium eine ungeheuer schnelle Entwicklung des Freirechtskampfes, die zunächst noch an Intensität zuzunehmen scheint. Immer weitere Kreise zieht die Bewegung, immer mehr Anhänger werden gewonnen. Aus dem Stadium der Broschüren und Zeitschriftenaufsätze tritt sie mit den Rumpfschm und Brüttschen Arbeiten in das der systematisch angelegten größeren Bücher. Die Erkenntnis, daß die Urteile nicht bloße Subsummierungen des Tatbestandes unter die Gesetzesnormen sein können, wird allgemein, allgemein auch das Bestreben, Methoden zu finden, nach denen das freie Recht, die außerhalb

---

[1]) Gnaeus Flavius, S. 41.

[2]) Artikel 1 lautet: Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.

[3]) Düringer sieht in dieser Bestimmung des Abs. 2 eine Niederlage der extremen Richtung der Freirechtsbewegung. Nur rein äußerlich betrachtet erscheine sie als ein Triumpf der neuen Lehre. (Freie Rechtsfindung S. 272.)

des gesetzten Rechts fließenden Rechtsquellen für eine gerechte Rechtsprechung nutzbar zu machen sind.

Nachdem so das Ziel der radikalen Freirechtler erreicht ist und ihre Ideen populär geworden sind, ist es naturgemäß, daß nach derartigen revolutionären Ideen allgemach eine Reaktion eintritt und von besonnenen und praktisch denkenden Juristen vor Utopien und allzu weitgehenden Forderungen gewarnt wird. Zwar ist bereits bei dem Radikalen Kantorowicz ja insofern eine Umkehr zu konstatieren, als er in praktischer Beziehung das Schema eines normalen Gesetzgebers befolgt wissen will und somit im Gegensatz zu den Ganzradikalen mit ihren im wesentlichen nur auf Negation gestellten Forderungen tatsächlich etwas in praktischer Beziehung Diskutables geboten hat. Aber daß auch dieser dem prima facie-Schein nach als verwendbar anzusehende Maßstab eine Rechtssicherheit — und daß diese jede Rechtsprechung in erster Linie zu erzielen hat, darüber herrscht auch in den freirechtlichen Kreisen kein Zweifel — niemals herbeiführen kann, ist außer von anderen von Rundstein überzeugend dargelegt.[1])

In der Tat scheint es an der Zeit zu sein, daß nunmehr auch Stimmen laut werden, die vor allzufreier Rechtsprechung warnen und darauf hinweisen, daß die Bewegung ins Uferlose kraftlos verlaufen würde, wenn man daran festhalte, unter allen Umständen eine formulierte Erklärung der schöpferischen Tätigkeit des Richters zu finden. Dies Verdienst, als einer der ersten auf dieses andere Extrem und die damit verbundene Gefahr nachdrücklich hingewiesen zu haben, gebührt Erich

---

[1]) Vgl. Rundstein S. 23—31. Einmal wird der Richter, der als normaler Gesetzgeber eine Norm aufstellen wird, bei der Abwägung der verschiedenen einander widerstreitenden Interessen sich nicht vollständig den politischen Unterströmungen, die auch im Normalfall bei der allgemeinen Gesetzgebung eine große Rolle spielen, verschließen können (S. 25). Dann aber ist vor allem auch zu erwägen: „Der Richter kann das ‚gute' Gesetz verändern und weiterbilden, als ob er ein ‚schlechter' Gesetzgeber wäre, und es ist nur ein schwacher Trost, wenn man meint, daß das ‚schlechte' Gesetz vom Richter als ‚gutem' Gesetzgeber umgebildet werden kann: denn derartige Umbildungen untergraben die Rechtssicherheit, und der Glaube, daß der Rechtsstreit in einem vorauszubestimmenden Sinne entschieden sein wird, muß verschwinden." (S. 26) Schließlich gibt folgendes Moment zu Bedenken Anlaß: „Die Differenzierung des National- und Klassenbewußtseins braucht nicht immer zu Differenzierung auf dem Gebiet des Rechtsgefühls und der Rechtsüberzeugung zu führen. Wo aber die Einheit der Rechtsgemeinschaft durch Machtmomente aufrecht erhalten wird, wo das herrschende Gemeinwesen auch das ‚beherrschende' ist, läßt sich der von der freirechtlichen Schule aufgestellte Maßstab des ‚normalen' Gesetzgebers nicht befürworten, da er nicht nur die bereits vorhandenen Widersprüche verschärft, sondern auch neue, der traditionellen Rechtsanwendungslehre unbekannte Konflikte schafft." (S. 27.)

Jung.[1]) So sehr auch er von der Berechtigung des Kampfes durchdrungen ist, so eindringlich warnt er davor, daß wir nicht einen neuen Kampf um die „Konstruktion" heraufbeschwören. Denn auch der Wert der historischen Kontinuität sei nicht zu unterschätzen, wie andrerseits das von den Freirechtlern so gern ins Vordertreffen geführte Mittel der Interessenabwägung überschätzt würde, da jede Interessenabwägung bereits ein Stückchen Voreingenommenheit in sich trage. Man wird daher seine Worte unterschreiben können, die wieder in die Wirklichkeit zurückführen: „Auch bevor der Dinge letztes Wesen erkannt ist, müssen wir leben, d. h. muß der Richter und der Gesetzgeber handeln und wir ihnen dabei, von der theoretischen Betrachtung her, als Generalstäbler den Tatmännern zu helfen versuchen."[2])

Diese Umkehr oder, wie Hedemann es treffend bezeichnet,[3]) diese Tendenz nach der mittleren Linie ist in dem Rumpfschen „Gesetz und Richter" bereits deutlich zu spüren. Der Entwickelungsrichtung folgend, die durch die Arbeit O. Bülows „Gesetz und Richteramt" angebahnt wurde, will auch Rumpf im Anschluß an Kantorowicz die Überschätzung des Anteils, den das Gesetz an der Rechtsprechung hat, und die Unterschätzung des Anteils des Richters daran beseitigt wissen, da der Richter nicht nur Diener, sondern zugleich auch Mitarbeiter des Gesetzgebers sei.[4]) Aber abgesehen davon, daß auch er kein einheitliches neues System der Rechtsanwendung darlegen, sondern höchstens „einige taktische Grundsätze" hervorheben will, „die als ‚norma agendi' gelten sollen[5]), ist er bereits in der Formulierung seiner Hauptgrundsätze in wohltuendem Gegensatz zu den Radikalen recht vorsichtig. So fordert er z. B. von dem Richter, daß er nur dann, wenn es sich darum handelt, ein gar zu grauenhaftes gesetzmäßiges Auslegungsergebnis zu beseitigen, genügend Willenskraft haben soll, das Gesetzeswort offen umzubiegen, daß andrerseits aber auch der Richter Halt genug haben soll, den Hort der Rechtssicherheit nicht willkürlich um jede Bagatelle in Frage zu stellen.[6])

Deutlich zu Tage tritt dann die gemäßigte Neigung in der Schrift des Hammer Oberlandesgerichtsrat Karl Schmölder.[7])

---

[1]) Jung: Positives Recht.
[2]) Jung, S. 16.
[3]) Hedemann, S. 127.
[4]) Rumpf, S. 196.
[5]) Rundstein, S. 15.
[6]) Rumpf, S. 78.
[7]) Schmölder: Die Billigkeit als Grundlage des bürgerlichen Rechts. Ein Betrag zur Berichtigung der amtlichen Rechtsauffassung. Hamm 1907.

Er sucht dem Problem dadurch eine neue Lösung zu bringen, daß je nach der Quelle, aus der das Recht geschöpft wird, zwischen den eigentlichen Gesetzesnormen, dem gestabten Recht, das ohne Zähn und Hörner befolgt werden muß, und zwischen dem dem Wesen nach schwer zu fassenden Volksrecht, der Billigkeit, streng geschieden wird. Eine eng umgrenzte Definition des Begriffs „Billigkeit" erhalten wir darum auch von dem Verfasser nicht. Wie ihm das Recht etwas Ursprüngliches, eine ungemacht vorhandene Idee, eine Wahrheit ist, die wir nicht schaffen, sondern nur erkennen können, so basiert auch seine Definition der „Billigkeit" in metaphysischer Umschreibung auf den Begriffen: Idee, Rechtsgefühl und Rechtsvernunft. Ursprünglich bedeutet nach ihm der Begriff der Billigkeit nur eine bestimmte Denkweise, die allgemeine Rechtsvernunft, aus der sie sich allmählich in den Lehrbüchern der Wissenschaft, in den Weistümern der Rechtsprechung und schließlich in den formalen Gesetzen zu einer konkreteren Gestalt entwickelt. Dieser Auffassung entsprechend ist auch z. B. das B. G. B. zum größten Teil nicht materielles Gesetz, sondern gemeines Recht, Lehrgesetz, das die Rechtsprechung belehren soll, sie aber nicht unbedingt bindet. Wenn der zweite Absatz des § 433 B. G. B. lautet: „Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen", so ist dies tatsächlich kein Gesetz, sondern lediglich ein Stückchen amtlicher Billigkeitslehre, amtlichen Weistums. Derartigen Charakters ist nach Schmölders Ansicht der größere Teil des ganzen zweiten Buchs im bürgerlichen Gesetzbuch, sodaß er streng genommen gar nicht in das Gesetz hineingehört. Denn das in den Lehrgesetzen, in den Weistümern begründete gemeine Recht ist zwar an sich zu beachten, es muß aber zurücktreten, so oft in der Befolgung eine Unbilligkeit zu Tage treten und die Billigkeit eine abweichende Entscheidung fordern würde. Wir können also nicht einfach jeden Tatbestand, den das rastlos pulsierende Leben erzeugt, aus dem Gesetz herausholen, dieser „Allgesetzlichkeitsgedanke" ist gründlich zu bekämpfen.

Das Gesetz hat also in verhältnismäßig wenigen Fällen strikte Vorschriften gegeben. Gegenüber diesem Grundgesetz, wie der Verfasser es nennt, soll dem Richter keine Freiheit, gegenüber den bloßen Lehrgesetzen halbe Freiheit zugestanden werden und in allen übrigen Fällen, die das große Gebiet des gesetzesleeren Raumes einnehmen, soll er volle Freiheit haben, d. h. soll er nach Billigkeit entscheiden.[1]) Dabei darf er sich nicht nach der bisherigen üblichen Schablone in bloßen System- und Gesetzesdienst zwingen lassen, sondern er muß stets ein-

[1]) Schmölder, S. 6.

gedenk sein, daß seine Stellung in der Hauptsache die eines Ideenpflegers und Wahrheitssuchers ist.[1])

Schmölder vertritt also neben der idealen und hohen Auffassung des Richteramtes den gemäßigten Standpunkt, daß eine zu enge Bindung des Richters an möglichst alle menschlichen Verhältnisse und Tatbestände umfassende Gesetzesnormen von Übel ist, und daß eine Besserung nur von einer individuellen und feinfühligen Richtertätigkeit auf einem möglichst weiten Gebiet des gesetzesleeren Raumes zu erhoffen ist. Ihn scheint aber selbst bei der Darlegung seiner Vorschläge das Gefühl beschlichen zu haben, als ob dadurch zu sehr die Voraussehbarkeit eines Rechtserfolges und damit die Rechtssicherheit gefährdet würde. So sehr er nämlich im übrigen die „Normenzüchterei" im Interesse einer möglichst ungebundenen Richtertätigkeit bekämpft und dadurch in Gegensatz zu Danzs Heilmethode tritt,[2]) so will er doch eingestandenermaßen um Erreichung dieses Zwecks willen „einen halben Schritt auf die Normengebundenheit tun". Er schlägt nämlich für die Entscheidungen, die im Bereich des gesetzesleeren Raumes durch Anwendung des Billigkeitsprinzips gefällt werden, die Führung eines laufenden Rechtsbuchs beim Reichsgericht vor. Die in dieses wandelbare Rechtsbuch aufgenommenen Billigkeitsprinzipien sollen zwar den Richter nicht unbedingt binden, deshalb wird es auch als wandelbar bezeichnet, sie sind aber doch als eine Art präjudizieller Richtlinien gedacht.

§ 23.

Danz und das Gewohnheitsrecht.

Wir gelangen bei der Betrachtung der Entwickelung des Kampfes um ein freies Recht nunmehr zu dem eigenartigsten Reformator, in dem augenblicklich die Bewegung zum Stillstand gebracht ist. Eigenartig auch um deswillen, weil er mit seinem Lebenswerk zu einer Zeit einsetzte, zu der man an eine Freirechtsbewegung in eigentlichem Sinn noch nicht dachte. Bereits vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs, als man sich, besonders bei dem ersten Entwurf, über die vornehmste Voraussetzung einer modernen Kodifikation verbreitete, daß sie nämlich vor allem dem Rechtsbewußtsein des Volkes entsprechen müsse, empfand er das Problem zwischen dem gesetzten Recht und dem großen leeren Raum, der hinter dem positiven Recht gähnte. Und eigenartig endlich um deswillen, weil er trotz der frühen Erkenntnis des Problems erst

---

[1]) Schmölder, S. 191.

[2]) Vgl. die Ausführung im § 23 dieser Arbeit.

zu einer Zeit Stellung nahm, als dieser Kampf um ein freies Recht bereits den Höhepunkt überschritten hatte.[1])

Wie Danz mit seinen Ideen in diesen Kampf hineinwuchs und zum augenblicklichen Mittelpunkt desselben wurde, ist interessant. Er veröffentlichte 1897 eine Arbeit über die Auslegung der Rechtsgeschäfte, die zugleich einen Betrag zur Rechts- und Tatfrage enthielt. Auf einem Gebiet, das bis dahin noch sehr wenig bebaut war, und durch seinen Doppelberuf als akademischer Lehrer und höherer Richter gerade für eine derartige Arbeit prädestiniert, erregte er sofort die beistimmende Aufmerksamkeit der gesamten Fachliteratur. Uns interessiert hier besonders sein oberster Grundsatz für jede Auslegung, der darauf hinausgeht, daß die Bedeutung des Rechtsgeschäfts nicht aus dem sogenannten inneren Willen, der inneren Absicht der Urheber herzuleiten ist, sondern auf dem objektiven Wortsinn der Erklärung beruht. Bereits in diesem Buch fällt die häufige Anknüpfung an die §§ 133, 157, *242* B. G. B. und an die für das bürgerliche Recht neuen Ideen von Verkehrssitte und Treu und Glauben auf. Aus diesen Studien heraus entstand alsdann seine Abhandlung über Laienverstand und Rechtsprechung. Anknüpfend an die §§ 157, *242* B. G. B., nach denen die Auslegung der Verträge und die Bestimmung des Inhalts der Schuldverhältnisse nach der Verkehrssitte erfolgen soll und die daher zu den allerwichtigsten Vorschriften des B. G. B. überhaupt erklärt werden,[2]) weist er, gestützt auf ein außerordentlich mannigfaltiges und illustratives Pandektenmaterial, nach, daß diese aus der Verkehrssitte gezogenen Sätze Rechtssätze sind wie andere, direkt vom B. G. B. aufgestellten Sätze.[3]) 1906 folgt die zweite Auflage seiner „Auslegung der Rechtsgeschäfte", in der er den nächsten Schritt tut und erklärt, daß die aus den §§ 157, *242* B. G. B. gewonnenen Rechtssätze den ergänzenden dispositiven Gesetzesvorschriften vorgehen, daß die Auslegung zuerst zu erfolgen hat, da durch sie der Umfang der Willenserklärung bestimmt wird, und nur, insoweit Lücken vorhanden sind, die gesetzlichen Normen eintreten können.[4])

Als vierte größere Arbeit folgt dann „Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz", in der Danz nunmehr seine Ideen nach der anderen Seite hin ausbaut und untersucht, welche Beziehungen zwischen seinen gefundenen Normen und denen der Gesetze selber bestehen, mit dem Ergebnis, daß seine Verkehrssitten genau so dem Volkswillen oder doch

---

[1]) In Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz (1909) S. 66.

[2]) Sonderabdruck, S. 95.

[3]) Sonderabdruck a. a. O. S. 49.

[4]) Auslegung, S. 111 ff.

zum mindesten dem Willen der Mehrheit entspringen wie die Gesetze selber. Und die Schlußfolgerung, die aus dieser Parallele gezogen und immer wieder betont wird: die Auslegung der Gesetze muß ausschließlich nach der Verkehrsanschauung erfolgen. So gelangt er in seinen feinsinnigen und ausführlichen Untersuchungen wieder zu seinem Ausgangspunkt zurück.[1]) Ein geschlossenes und gefestigtes System.

Die neue Methode von Danz muß um so wertvoller erscheinen, als sie, wie bereits erwähnt, bis zuletzt unbeeinflußt sowohl von den Fanatikern als auch von den Gemäßigten der Freirechtsanhänger ihre natürliche und nur auf sich selbst gestellte Entwickelung genommen hat. Erst am Ausgang der Bewegung sieht er sich gemüßigt, seine Stellung zu dem Freirechtskampf zu prüfen mit dem Resultat, daß seine Methode mit der freien Rechtsfindung nichts zu tun hat, wenn hierunter ein Nichtgebundensein des Richters an das geschriebene Recht verstanden wird.[2]) Diese Absage, gleichwohl in welcher Schattierung die Nichtbindung des Richters an das Gesetz gemeint ist, mußte erfolgen, da Danz bei der Darlegung seiner neuen Art der Rechtsprechung immer wieder hervorhebt, daß der Richter zunächst immer eine Norm, eine Regel für seine zu fällende Entscheidung gewinnen muß, weil er eben nicht nach seinem subjektiven Ermessen feststellen soll, was im einzelnen Fall Recht ist, und weil die geschriebenen Rechtssätze nichts anderes als aus dem Volk entstandene Regeln sind ebenso wie die Rechtssätze, die der Richter aus den Gewohnheiten seines Volkes zieht, um danach Recht zu sprechen.[3])

Im Einzelnen soll die Entscheidung eines Rechtsfalls nach Danz folgendermaßen vor sich gehen: Die erste Bedingung für jede Rechtsprechung ist das Vorhandensein eines Rechtssatzes, nach dem der Richter urteilen kann. Da er im gesetzesleeren Raum einen solchen nicht findet, so muß er ihn sich selbst bilden, indem er die Verkehrssitte, die bewiesenermaßen dieselbe Kraft wie der Gewohnheitsrechtssatz hat,[4]) benutzt

---

[1]) Rechtsprechung a. a. O. S. 71 ff.

[2]) Das einzig Gute, das Danz an der Bewegung anerkennt, ist ihr Kampf gegen die Buchstabeninterpretation in weitestem Sinne. Der Weg allerdings, den sie zu diesem Zweck einschlägt, ist für Danz ungangbar, weil man auf ihm zur richterlichen Willkür gelangt. „Wenn jetzt in den verschiedensten Variationen als Richter besonders geeigenschaftete Männer verlangt werden, so werden im Grunde wohl auch nur Männer gefordert, denen diese juristische Kunst der Auslegung zu eigen ist." Vgl. Rechtsprechung, S. 67.

[3]) Rechtsprechung S. 66, 67; vgl. auch Danz in D. J. Z. 1911 S. 565 ff.

[4]) Vgl. Düringer: (Freie Rechtsfindung S. 275), der die Ansicht vertritt, daß der deutsche Gesetzgeber Gewohnheitsrecht und Verkehrssitte mit Recht für verschiedene Dinge hält, da die Verkehrs-

und sich aus ihr einen Rechtssatz formuliert, einen Rechtssatz, der dieselbe, ja noch stärkere Bedeutung als der Gesetzessatz hat, wenn dieser nur dispositiver Natur ist. Und da die bloße Ortssitte schon zur Bildung eines solchen Rechtssatzes ausreicht, so bietet sich dem Richter ein ungeheuer großes Feld zum Pürschen nach Rechtsnormen und die Möglichkeit, eine „Unmasse" von Rechtssätzen zu formulieren, die vor allem der Rechtsanschauung gerade der beteiligten Kreise entsprechen.[1]) „Diese richterlichen Rechtssätze kommen auf den Tatbestand zunächst zur Anwendung. Was für ein Typengeschäft vorliegt (Kauf, Miete, Darlehen usw.), wird entschieden nach den richterlichen Rechtssätzen. Welche von den für das einzelne Geschäft aufgestellten gesetzlichen Normengruppen (Kauf, Miete usw.) Anwendung findet, hängt demnach lediglich von dem Resultat ab, das nach Richterrecht sich ergibt." [2]) [3])

Der in die Augen springende Vorteil liegt bei dieser auslegenden Tätigkeit des Richters besonders darin, daß er lediglich das sieht, was andere Menschen auch sehen, indem er abweichend von der gangbaren Rechtsfindungsmethode nicht nach einem inneren, gar nicht vorhandenen mystischen Willen der Parteien forscht, um darnach die Rechtsfolgen festzulegen, sondern indem er die Prozeßparteien ausscheidet, an deren Stelle verständige Menschen setzt und fragt, was diese bei gleichem Tatbestand freiwillig zu leisten, wie diese die bestrittenen Worte zu deuten pflegen. „Daß der Richter bei dieser Art des Vorgehens geradezu auf die Anschauung des Lebens gestoßen wird, liegt auf der Hand: wenn er nach der Anschauung der „verständigen Menschen" das Urteil geben will, so muß er sich erst Kenntnis hiervon verschaffen; erst wenn er das getan, kann er überhaupt das Urteil fällen. Das Resultat ist dann kein anderes als die Beurteilung der Sachlage nach dem Verkehrsüblichen (§§ 157, 242 B. G. B.)." [4])

Der Kardinalfehler der üblichen Rechtsanwendung liegt nach Danz in der Willenstheorie, der eigenartig mystischen

---

sitte einesteils weniger als das positive, objektive Recht, andererseits mehr als bloße tatsächliche Übung ist. Sie enthalte sowohl tatsächliche und rechtliche Momente und, soweit die Verkehrssitte einen rechtlichen Gehalt habe, biete sie die notwendige Ergänzung jeder gesetzlichen Regelung.

[1]) Vgl. hierzu die Ausführungen über Schmölder im § 22, der diese „Normenzüchterei" bekämpft wissen will.

[2]) Danz in D. J. Z. 1911, S. 567; vgl. Theorie S. 595 ff.

[3]) Vgl. die homogene Art, in der Brodmann praktische Rechtsphilosophie treibt: „Nicht im Recht, sondern im Leben, in seinem Sinn, in den typischen Formen des Verkehrs und ihren Zwecken haben wir die Gesichtspunkte zu suchen, von denen aus der Stoff zu formen ist, von denen aus die Normen des ungeschriebenen Rechts zu suchen, die des zu setzenden Rechts zu gestalten sind." (S. 329.)

[4]) Danz in D. J. Z. 1911, S. 567.

Idee, daß die Parteien bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts durch einen inneren Willen zur Tätigkeit bewogen werden, und daß die Klarlegung dieses inneren Willens die Rechtsfolgen bestimme, genau so wie bisher der geheimnisvolle Gesetzgeber regelmäßig bei der Interpretation von nicht ohne weiteres klarzustellenden Gesetzesnormen zur Hilfe herangezogen wurde. Bei dem Kampf gegen diese Willenstheorie, die die Hauptschuld daran trägt, daß wir die Gewohnheitsrechtsätze, die der Richter bildet, nicht erkannt haben, handelt es sich um eine völlig neue Rechtsanschauung: nur das äußerlich Erkennbare — und hierbei spielen dann die besonderen Umstände des konkreten Falls eine bedeutende Rolle — kommt als Gegenstand der Willenserklärung in Betracht.[1]) Nicht Interessen- oder sonstige Abwägungen sollen das ausschlaggebende Moment bilden, sondern lediglich der erkennbare Zweck sowohl bei der Gesetzes- als auch bei der Privatwillenserklärung.[2]) [3])

Wenn der Freirechtler Kantorowicz bei der Besprechung von Ehrlichs Arbeit „die Tatsachen des Gewohnheitsrechts" der Vermutung Raum gibt,[4]) daß die Rechtsphilosophie höchst wahrscheinlich, sobald die Gedanken der freirechtlichen Bewegung sich durchgesetzt haben würden, diesen Gedanken durch Umformung eines der schon bestehenden Grundbegriffe gerecht werden und zu diesem Behuf vor allem den schwankenden Begriff des Gewohnheitsrechts verwenden würde, so ist dieser Gedanke durch die Danzeschen Arbeiten zu einem geschlossenen und überaus fruchtbaren System verwirklicht worden. Es ist damit ein System geschaffen, das vor allem auch die immer wieder geäußerten Bedenken der prinzipiellen Nichtanhänger der Freirechtsschule zerstören muß. Es kann bei seinem System weder von einer Gefahr des Subjektivismus, einer Ausartung der richterlichen Willkür, die Rede sein, noch läuft seine Heilmethode dem Gang der Rechtsentwickelung zuwider; sie bahnt vielmehr einer ungehemmten Weiterentwickelung des Rechts den Weg, indem das Recht vor einer allzuschnellen Antiquierung bewahrt und die Rechtsentfaltung mit der Kultur-

---

[1]) Vgl. Rechtsprechung, S. 37 ff.

[2]) Vgl. Rechtsprechung, S. 46 ff.

[3]) Vgl. die homogene Art, die Hellwig in seinem Zivilprozeßlehrbuch (Band II. 1907, § 93: Rechtsauslegung und Rechtsfindung) angewandt wissen will. Nur fußt Hellwig nicht auf Normen des bürgerlichen Rechts, sondern auf § 1 des Gerichtsverfassungs-Gesetzes und bekämpft damit ein richterliches Recht. Er will nicht zugeben, daß der Richter selbst die Lücken füllt, der Richter wendet nach ihm vielmehr immer bereits bestehendes Recht an (siehe auch Hedemanns Ausführungen hierüber S. 130).

[4]) Im Jahrbuch der Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, herausgegeben von Gustav Schmoller, 1908, S. 351—352.

entfaltung in Harmonie gehalten wird. Und endlich wird nicht zum mindesten der vornehmste Zweck des Rechts, die Verkehrssicherheit, ein Moment, das bei sämtlichen anderen Reformatoren mehr oder minder gefährdet war, durch seine Rechtsfindungsmethode in ganz besonderer Weise geschützt.

§ 24.

Der enzyklopädische Wert der „Rechtsgemäßheit" Stier-Somlos. Der Aufruf von Jena.

Überblicken wir den Kampf um ein gerechtes Recht in seiner Entwickelung von den ersten stürmischen und ungestümen Anfängen her bis zu seinem gegenwärtigen sich abklärenden und versöhnlichen Ausgang — und für einen Ausgang halte ich die Danzesche Methode in ihrer gegenwärtigen Gestalt —, so muß anerkannt werden, daß sich innerhalb des kurzen Zeitraums von einem Dezennium eine Entfaltung sowohl auf dem Gebiete der reinen Rechtsphilosophie als auch auf dem der praktischen Rechtsanwendung vollzogen hat, die als bedeutend bezeichnet werden muß. Daß sich in der Rechtsphilosophie durch Berolzheimer, v. Liszt und Makarewicz eine media aurea allgemach anzubahnen scheint, ist dargelegt worden, und daß Th. Niemeyers Charakterisierung der Freirechtsbewegung als einer Revolution im Recht jetzt nicht mehr als zutreffend befunden werden kann, bedarf ja keiner weiteren Erörterung. Die „Tendenz nach der mittleren Linie", die bereits bei den gemäßigten Anhängern der Freirechtsbewegung zum Ausdruck kam, findet in Danz ihre vollendete Ausbildung. Vollendet zwar nicht in dem System als solchem, sondern vollendet als Abschlußglied der freirechtlichen Entwickelungskette,[1]) wie sie hier in ihren Hauptvertretern dargestellt worden ist.

Es ist am Anfang dieses Kapitels betont und es sind die Gründe darzutun versucht worden, warum sich eine Freirechtsbewegung im engeren Sinne nur auf dem Gebiete des Zivilrechts vollzog. Wenn ich daher von einem sich abklärenden Ausgang des Kampfes gesprochen habe, so habe ich dabei in erster Linie auch der Arbeit von Stier-Somlo gedacht, der mit seinem Beitrag zur Laband-Festgabe „das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung" den einseitigen Standpunkt des Zivilrechts verlassen und die Materie des Strafrechts und der Verwaltung in den Kampf hineingezogen hat. Zwar ist meines Erachtens mit dem Maßstab der „Rechtsgemäßheit",[2]) von dessen Anwendung Stier-Somlo sich eine gerechte

[1]) Daß Danz selbst seine Methode noch nicht für abgeschlossen, sondern im Gegenteil für entwickelungsbedürftig hält, vgl. a. a. O. D. J. Z. 1911, S. 569.

[2]) Nachdem der Verfasser festgestellt hat, daß dem Richter ein außerordentlich großer Raum für sein freies Ermessen überlassen ist,

Rechtsprechung und Neubelebung der gesamten Rechtsmaterie verspricht, nichts Charakteristisches zu dem Kampf beigetragen; das Bedeutungsvolle liegt aber darin, daß mit ihm die Reformbewegung anfängt, enzyklopädischen Charakter zu gewinnen, auch wenn er einen einheitlichen Maßstab nicht aufzustellen vermag, und zwar für den Zivil- und Strafrichter, nicht dagegen für den Verwaltungsbeamten jene Rechtsgemäßheit als Richtschnur empfiehlt. „Aber über dieser Verschiedenheit erhebt sich als das einigende Band das beiden zustehende freie Ermessen. Und das eben ist der enzyklopädische Wert, um den wir heute alle ringen." [1])

Es ist ferner am Beginn der Darstellung der Freirechtsentwickelung darauf hingewiesen worden, daß abgesehen von dem Versuch des Kantorowicz die Freirechtsanhänger der philosophischen Grundlage ihrer Reform keine Beachtung geschenkt haben. Nachdem nunmehr die Freirechtsentwickelung in Danz ihren Abschluß gefunden hat, wäre es eine dankbare Aufgabe, das verknüpfende Band zwischen den neuen rechtsphilosophischen Systemen und dem Ergebnis der praktischen Reformbewegung zu suchen und systematisch darzustellen. Wenn Kohler als eine der Hauptwahrheiten seiner neuen Rechtsphilosophie hinstellt, daß es zwar kein absolutes Recht für alle Zeiten gibt, wohl aber eine für alle Zeiten gültige Beziehungsnorm, nämlich die Beziehungsnorm zwischen dem Recht und zwischen der Kultur, die nur eben bei der unendlichen Verschiedenheit der menschlichen Bildungszustände einen verschiedenen Inhalt annehmen muß, [2]) so glaube ich, daß von Kohlers System aus, vielleicht unter Berücksichtigung der Lisztschen Vermittelungstheorie, die Brücke zwischen der philosophischen Grundlage und der praktischen Reform geschlagen werden muß. Denn auch Danz hält es für einen der Hauptvorzüge seiner Theorie, daß sie stets mit der Entwickelung der Rechtsanschauung des Volkes und daher mit der Kultur überhaupt Schritt hält und die Rechtsprechung konform bleibt dem jeweiligen Rechtsgefühl ihrer Zeit, daß das Recht nicht veralte. [3])

Von einer führenden Zeitschrift auf dem Gebiete der Kunst und Literatur [4]) ist bei der Würdigung der reformatorischen Rechts-

---

versucht er als festen Stützpunkt innerhalb dieses Raumes die „Rechtsgemäßheit" zu formulieren: „Der Richter muß den ganzen Komplex unserer Rechtseinrichtungen, die Zusammenhänge unserer Rechtsordnung überschauen und dann den tiefsten Beweggründe und Tendenzen des Gesetzes nachgehend im Sinne dieses Gesetzes die etwa auftauchenden Lücken auszufüllen bestrebt sein." (S. 490.)

[1]) Hedemann, S. 129.

[2]) a. a. O. Probleme S. 2.

[3]) Vgl. a. a. O. Danz in D. J. Z. 1911, S. 567.

[4]) Kunstwart, München 1911, Jahrgang XXIV, Heft 2, S. 290.

bestrebungen darauf hingewiesen, daß sich auf allen Gebieten der Kultur eine allmähliche Zurückdrängung begrifflicher Methoden durch erfahrungsmäßige geltend macht, und daß es sich auch bei dem Kampf um die Rechtswissenschaft am letzten Ende darum handelt, die bisherige reine Geisteswissenschaft in eine Erfahrungswissenschaft umzubilden. Mir scheint hiermit die augenblickliche Entwickelungstendenz der Freirechtsbewegung treffend charakterisiert zu sein, denn die Cardinalforderung, die bei allen Reformatoren mehr oder minder energisch auch zum Ausdruck gebracht wird, lautet ja: mehr Rücksichtnahme auf die realen Forderungen des Lebens, mehr Fühlung mit der Rechtsüberzeugung des Volkes.

Mit Genungtuung kann daher am Schlusse dieser Darstellung noch konstatiert werden, daß nunmehr, nachdem die Meinungen durch Wort und Schrift hinreichend dargelegt sind, auch der Anfang damit gemacht wird, „die Sache aus dem engen Bette des Schrifttums herauszuheben, alle, die daran interessiert sind, persönlich zusammenzuführen und in gemeinsamer Arbeit das, was bis jetzt verstreut gefordert wurde, zusammenzufassen zu Grundsätzen, mit denen das öffentliche Leben rechnen kann“.[1]) Von Jena aus ist durch einen Aufruf dazu aufgefordert worden, daß sich Juristen des Gelehrtentums und der Praxis aller Art die Hände reichen mit führenden Personen des öffentlichen, namentlich des wirtschaftlichen Lebens und mit anderen Männern, die mit den Auffordernden davon überzeugt sind, daß alle Kräfte unserer Zeit für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspflege verwertet werden müssen. Es wird in dem Aufruf darauf hingewiesen, daß das Wirkliche und Tatsächliche, das Leben selbst mit seinen Eindrücken Herrschaft gewinnt an Stelle unverwertbar gewordener Begriffe und daß die Erfahrungswissenschaften mit ihren Forschungsweisen sich in ungeahnter Weise selbständg und eigenartig entwickelt haben.[2]) So soll in umfassender Weise der Boden vorbereitet werden, auf dem später dann gesetzgeberische Vorschläge gemacht und durchgesetzt werden können.

Eine schwere und langwierige Arbeit, die damit in Angriff genommen wird und an deren Möglichkeit man am Beginn des Jahrhunderts wohl schwerlich gedacht hatte. Aber auch ein dankbares und verheißungsvolles Unternehmen. Die Entwickelung des in dieser Arbeit geschilderten Kampfes um ein gerechtes Recht läßt hoffen, daß in absehbarer Zeit das Wort des Propheten Amos erfüllt wird, das uns verheißt: „Es soll aber das Recht offenbart werden wie Wasser, und die Gerechtigkeit wie ein starker Strom“, und daß wir damit der Möglichkeit näher kommen, „die höchsten Ziele der Menschheit“ zu erreichen.

---

[1]) Börngen, S. 178.
[2]) Börngen, S. 179.